

1886

2

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

53

DE L'EXCEPTION
NON NUMERATÆ PECUNIÆ

DROIT FRANÇAIS

DE L'INTERPOSITION
DE PERSONNES
DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRI BOTREAU ROUSSEL BONNETERRE
AVOCAT

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13.

1886

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Paris. — Imp. du Fort-Carré, 19, Chaussée-d'Antin (A. Duroy, Dr).

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

—

DE L'EXCEPTION
NON NUMERATÆ PECUNIÆ

DROIT FRANÇAIS

—

DE L'INTERPOSITION
DE PERSONNES
DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le jeudi 16 décembre 1886 à midi

PAR

HENRI BOTREAU ROUSSEL BONNETERRE
AVOCAT

Président : M. BUFNOIR
Suffragants : MM. GARSONNET, ALGLAVE — *Professeurs.*
MICHEL LÉON — *Agrégé.*

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13.
—
1886

DROIT ROMAIN

DE L'EXCEPTION

NON NUMERATÆ PECUNIÆ

Il y a dans le développement historique de l'exception *non numeratæ pecuniæ,* deux périodes bien distinctes :

Dans la première, elle se présente comme une institution d'équité, tendant à faire prévaloir les caractères naturels de l'opération sur les caractères purement artificiels et abstraits dont la revêtait le Droit civil. A ce point de vue, l'exception *non numeratæ pecuniæ* n'est pas de création brusque et en quelque sorte spontanée. Elle est le dernier terme d'une évolution lente et continue ; c'est le résultat d'une série de modifications et de tempéraments que subit peu à peu, sous l'influence des usages, des nécessités sociales et de la bienfaisante jurisprudence du Préteur, le rigoureux formalisme de l'*Ipsum jus.*

Dans la seconde période, l'exception *non numeratæ*

1

pecuniæ subit des transformations profondes qui constituent autant d'anomalies, autant de dérogations aux principes de droit commun reçus jusqu'alors et qui ne s'expliquent que très difficilement.

Nous croyons nécessaire avant de dégager la spécialité même du sujet et de nous y renfermer, de remonter plus haut, aux précédents qui préparent et justifient l'institution que nous nous proposons d'étudier.

CHAPITRE PREMIER

Des diverses formes que pouvait revêtir le prêt d'argent à Rome.

L'exception *non numeratæ pecuniæ*, se rattache étroitement au prêt d'argent et à l'usage qui s'introduisit de bonne heure à Rome de convertir le contrat réel de prêt (*mutuum*) en un contrat solennel, soit le contrat *litteris*, soit, plus généralement, la stipulation.

Rappelons en quelques mots les caractères et les effets de cette conversion.

SECTION PREMIÈRE

De la conversion du « mutuum » en stipulation.

Les Romains pouvaient se dispenser de recourir à aucune forme, en faisant un prêt, car il naissait de l'opération (*mutuum*) une obligation civile de restitution et une *condictio ex mutuo*. Il n'était donc pas besoin d'envelopper la convention de rendre dans une stipulation pour lui donner force obligatoire.

Cependant, dans la pratique romaine, on ne faisait guère un *mutuum* sans l'accompagner de stipulation. (L. 2, § 5; L. 9, § 4 et 7; L. 30, D., *De reb. cred.* — L. 3, § 3 et 4; L. 4 à 6, D., Ad Sc. Maced. — L. 128, D., *De verb. obl.*). Le prêteur stipulait de l'emprunteur la somme qu'il venait de lui compter. Il avait compté 1.000, par exemple, il disait: « Promettez-vous de me donner 1.000 à tel époque? » L'emprunteur répondait : « Je promets. »

Quel était le résultat de cette succession de deux contrats? Il n'y avait certainement pas là coexistence des deux contrats; c'aurait été contraire à l'intention des parties. Il n'y avait pas davantage une novation, car le créancier aurait eu à prouver le *mutuum* et c'est précisément ce qu'il voulait éviter. Qu'y avait-il donc? Il y avait tout simplement effacement du *mutuum antecedens,* création d'une dette *ex stipulatu*. Le *mutuum* disparaissait pour faire place à la stipulation qui seule était à considérer comme si elle avait existé seule dès le début : « Au lieu de deux contrats qui coexistent ou se succèdent, dit M. Accarias, nous n'en avons qu'un seul dès le début qui est un contrat *verbis*. (Accarias, t. II, n° 588, 3°).

Les Romains considéraient qu'il n'y avait là qu'une seule et même opération, exactement comme il n'y en avait qu'une quand on ajoutait à la convention la forme nécessaire pour lui donner vie.

C'est l'idée qu'expriment un grand nombre de textes :

« Cum pecuniam mutuam, dit Ulpien, dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit. » (L. 6, § 1, D: *De novat.*). Et Paul: « Quotiens mutuam pecuniam dantes, eaudem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur sed una verborum. » (Paul, L. 126, § 2, D., *Eod. tit.*)

Enfin Pomponius: « Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari: quia id agitur ut sola stipulatio teneat; et magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. » (L. 7, D., *Eod. tit.*)

Le créancier trouvait plusieurs avantages à cette conversion du *mutuum* en *stipulation.*

1° M. Théophile Huc nous semble avoir mis parfaitement en lumière l'un de ces avantages dans les lignes suivantes: « L'obligation du débiteur a sa source dans la réception des deniers qui lui ont été comptés, *obligatio ex re venit*. La tradition qui a suivi la numération constitue à la fois le motif déterminant qui a porté le débiteur à s'engager et la *causa civilis* de son obligation. Mais comme la tradition est par elle-même un acte équivoque, des difficultés peuvent s'élever: est-ce à titre de donation que les deniers ont été pesés ou comptés et ensuite livrés ou bien à titre de remboursement, *solutionis causa*? Ou bien encore à titre de prêt? Pour lever

toute équivoque, les parties n'ont qu'à transformer le *mutuum* en stipulation et c'est ce qui avait lieu le plus souvent. Dans ce cas, selon le témoignage d'Ulpien, de Pomponius et de Paul, il n'y avait pas novation et c'est de la stipulation seule que naissait l'obligation. Or quel avantage le créancier pouvait-il avoir à agir en vertu d'une stipulation plutôt qu'en vertu d'un *mutuum* alors que l'action engendrée par ces deux contrats également de droit strict était le même, la *condictio*? Le seul avantage consistait dans la facilité de la preuve. » (Th. Huc, *Et. hist. sur la not. de cause*, pp. 4 et 5).

2° En second lieu la conversion du *mutuum* en stipulation permettait au créancier de se procurer un *sponsor*.

3° Ajoutons enfin qu'une stipulation *ad hoc* étant indispensable pour les intérêts (Paul, *Sent.* L. II, tit. 14, § 1 ; — Africain, L. 24, D., *De præsc. verb.*), on avait pris l'habitude d'employer en même temps cette stipulation pour le capital.

Dans une certaine opinion l'usage si général de la part du créancier de stipuler du débiteur ce qu'il lui avait prêté aurait pris naissance à une époque très reculée du Droit romain, alors que le *mutuum* n'existait pas encore comme contrat du Droit civil. — A ce moment la stipulation se serait imposée pour donner naissance à l'obligation, la numération des espèces ne suffisant pas pour la créer.

M. Etienne (*Instit.* t. II, p. 251, note 4) après avoir déclaré que la transformation d'un *mutuum* en stipula-

tion serait sans but, ce qui nous paraît être une erreur, ajoute : « Il est vrai qu'on peut nover une action naissant d'un *mutuum* en stipulation si l'on veut arriver à l'éteindre par l'acceptilation ainsi qu'on l'a vu dans la formule aquilienne ; mais alors c'est par pure exception et pour atteindre le mode d'extinction par acceptilation, plutôt que pour créer sérieusement une obligation nouvelle. »

L'obligation ainsi convertie, était en quelque sorte détachée, isolée de sa cause naturelle le *mutuum antecedens* ; elle en était désormais complètement indépendante : « La stipulation devenait la véritable cause juridique de l'obligation. » (Accarias, t. II, nº 581.)

Nous verrons bientôt les conséquences qu'entraînait ce principe juridique.

SECTION II

De la conversion du « mutuum » en contrat « litteris »

Nous ne nous attarderons pas à ce contrat que l'on trouve usité dès l'époque des guerres puniques, mais dont l'emploi fut toujours très restreint et qui disparut de bonne heure par suite de la désuétude des registres domestiques et de la facilité d'arriver par des moyens plus simples et plus naturels aux résultats auxquels il tendait.

Le contrat *litteris (transcriptio, nomen transcriptitium)* peut se définir : « Un prêt d'argent fictif dont les deniers sont censés fournis au créancier par une autre numération d'argent également fictive. » (V. Accarias, t. II, n° 578.)

On sait, en effet, ou l'on croit savoir, que ce contrat était constitué par une double mention (*acceptum*), (*expensum*) que le *créancier* faisait sur un registre (*codex tabulæ*) que les mœurs, sinon la loi, imposaient à tout père de famille l'obligation de tenir très régulièrement (*Cic. In verr.*, 2e act., I, 23.)

Le contrat *litteris* suppose une dette préexistante qui est éteinte par un paiement et remplacée par une autre qui a sa cause naturelle dans un *mutuum* et sa cause, juridique dans les écritures faites par le créancier sur son *codex*. Ainsi le créancier mentionne sur son registre qu'il a reçu de son débiteur (*acceptum*) ce que celui-ci lui devait à un titre quelconque, et qu'il a de nouveau compté (*expensum*) la même somme, soit au même débiteur (*transcriptio a re in personam*), soit à une autre personne, le plus souvent déléguée par le premier débiteur (*transcriptio a persona in personam*) (Gaïus, Comm. III, §§ 129 et 130.) La valeur reçue et donnée est exactement la même et consiste invariablement en argent ; cela résulte des exemples que donne Gaïus (III, 130).

A côté de ces *nomina transcriptitia*, créances formées par l'écriture seule, quoique fondées en appa-

rence, sur une numération, il en existait d'autres appelées *nomina arcaria* parce qu'elles naissaient d'un *mutuum* réel (Gaïus, III, 131).

Voici maintenant par quel procédé on pouvait convertir un *mutuum* en contrat *litteris* : Le prêteur mentionnait d'abord sur son *codex*, le *nomen arcarium* qui résultait de la numération des espèces. Cela fait, il écrivait que le débiteur avait payé la somme puis l'avait de nouveau reçue. On avait alors ce que supposait toujours le contrat *litteris*, un *acceptum* et un *expensum* qui n'exprimaient que deux fictions.

La *transcriptio a persona in personam* se faisait la plupart du temps sur les livres des banquiers (*calendarium*). Les Romains, en effet, avaient coutume de recevoir et de payer par l'intermédiaire des banquiers, chez lesquels ils déposaient les fonds dont ils n'avaient pas l'emploi immédiat. La *transcriptio a persona in personam* pouvait servir à faire un payement au banquier en lui déléguant une créance qu'on avait à charge d'un autre, que le banquier acceptait pour débiteur au lieu et place du premier obligé. Ce mode de transfert se prêtait parfaitement à des opérations usuraires.

La *transcriptio* ne constitue pas une vraie novation. Pour les Romains, la novation est essentiellement la *stipulatio debiti*. La stipulation est le seul acte par lequel puisse s'opérer une novation, parce que c'est le seul qui donne à l'opération cette unité, cette simplicité, cette indivisibilité qui est le caractère essentiel

de la novation romaine. — La *transcriptio*, au contraire, est de sa nature double puisqu'elle suppose deux opérations distinctes, ce qui est incompatible avec l'idée de novation telle que l'entendirent les Romains. (V. Gide, *Rev. de législ.*, 1873, *Du contrat litteris.* — II).

Au point de vue qui nous intéresse le plus, le contrat *litteris* produit les effets énergiques que nous avons déjà vus à propos de la stipulation. Comme elle, il est manifestement unilatéral, engendre une action *stricti juris* et la cause fictive qu'il renferme (dation à titre de prêt) dispense d'une cause réelle. L'obligation résulte de l'écrit lui-même (Gaïus, III, 128) et non des rapports de droit qui auraient pu exister précédemment entre les parties ; qu'on énonçât ou non ceux-ci dans le contrat, il importait toujours peu qu'ils existassent en réalité ou non. Transformer leur existence en une condition de formation du contrat, c'eut été se mettre en contradiction flagrante avec les fictions sur lesquelles il reposait.

Quelques auteurs ont soutenu qu'outre le *nomen transcriptitium* et le *nomen arcarium*, il existait aussi un *nomem factum* ou *nomen prescriptitium* qui consistait dans une seule inscription (Cic. *ad Attic.*, IV, 18, 2). Cette écriture aurait eu aussi bien que la *transcriptio* la force d'engendrer une obligation. (V. Pagenstecher, *De litt. obl.*, parag. XXIV, *in fine*).

Quoi qu'il en soit de ce contrat *litteris* spécial dont

l'existence est au moins très hypothétique et généralement contestée, il faudrait, au point de vue qui nous occupe, l'assimiler à la stipulation.

Enfin le contrat *litteris*, tel que nous venons de l'étudier dans ses traits généraux, étant tombé en désuétude, n'aurait-il pas été remplacé par une autre *litterarum obligatio* qui résulterait d'une autre espèce d'écrits, les *chirographa* et les *syngraphæ*? C'est là une question discutée que nous examinerons quand nous traiterons des *cautiones*.

CHAPITRE II

Atteintes portées au principe que la stipulation et le contrat litteris sont juridiquement indépendants de leur cause.

Nous avons vu quelques-unes des applications les plus intéressantes au point de vue de notre question, de ce principe que le contrat verbal et le contrat *litteris* sont juridiquement indépendants des rapports de droit qui les ont précédés, qui constituent leur cause, qui les expliquent en réalité. On admettait cette théorie que le contrat n'avait pas besoin d'autres éléments que ceux qui étaient impliqués dans ces solennités mêmes (*stat per se, suâ vi et potestate constat*). Toutes les autres conditions, même les plus essentielles, celles sans lesquelles l'acte ne se conçoit pas — comme, par exemple, la cause — étaient rejetées dans la catégorie des *res facti* en dehors du contrat, en dehors du droit : Si l'on demandait au promettant pourquoi il était obligé, il ne pouvait répondre qu'en indiquant une circonstance en dehors du contrat. (V Gide, *Ét. sur la Nov.*, p. 30, note 2.) Celui-ci n'était plus qu'une sorte de moule où l'on jetait les éléments plastiques de l'acte, après les avoir isolés non seulement des faits

purement subjectifs, telles que les diverses considérations qui avaient déterminé la partie à contracter, mais encore des faits économiques qui en étaient la cause réelle, ce qui avait pour conséquence le respect de la formule, l'interprétation littérale des paroles prononcées : « *In stipulationibus verba ex quibus obligatio oritur inspicienda sunt.* » (Paul, 126, parag. 2; *De verb. oblig.*).

Ce système ne laissait pas que d'avoir certains avantages, une utilité pratique incontestable (T. Gide, *Étude sur la Nov.*, pp. 20, 22, 26, 27), mais il avait aussi ses dangers : « La volonté des contractants était mutilée par ce mécanisme artificiel et brutal, que la loi formaliste substitue au jeu naturel des transactions humaines » (Gide, pp. 27 et 165, 166.) — Ce système, en effet, froissait l'équité, car l'équité ne veut pas qu'on s'arrête à la formule qui ne crée pas l'obligation mais la constate, la confirme, et, par conséquent, la présuppose : elle veut qu'on remonte à la cause réelle de l'obligation.

A la faveur du principe rigoureux du Droit civil, les fraudes et les abus se multiplièrent.

Il pouvait arriver, et il arrivait souvent, que le prêteur avant de livrer les fonds à l'emprunteur, exigeât de lui une stipulation et, comme nous le verrons, une reconnaissance de la dette (*cautio*).

Cela avait lieu le plus souvent dans le cas d'ouverture de crédit : Un banquier met une certaine somme

à la disposition de son client ; il a intérêt à se ménager d'ores et déjà une preuve de son droit pour le cas où plus tard, lorsque la remise de la somme sera effectuée, il ne le pourrait pas. Il stipule donc immédiatement de son futur emprunteur la somme intégrale jusqu'à concurrence de laquelle il lui ouvre le crédit et le plus souvent lui fait signer un billet (*cautio*).

Supposons que le banquier ait ainsi ouvert à son client un crédit de 1.000 et lui ait fait promettre ces 1.000 par stipulation ; plus tard le client n'use pas du tout ou use jusqu'à concurrence de 500 seulement du crédit qui lui a été ouvert. Il n'en pouvait pas moins être poursuivi pour 1.000 en vertu de la stipulation et il n'avait aucun moyen de se soustraire à la condamnation, car la stipulation, d'après le Droit civil, étant absolument indépendante de sa cause, le promettant n'était pas admis à prouver qu'il n'avait pas effectivement reçu la somme qu'on lui réclamait : « Si pecuniam abs te stipulatus sim tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim, eam pecuniam a te petere posse certum est, *dare enim de oportet cum ex stipulatu tenearis.* » (Gaïus, IV, parag. 116.)

Une autre fraude, très répandue, consistait, pour un usurier, à dissimuler l'usure en faisant promettre à l'emprunteur 1.000, par exemple, alors qu'il ne lui comptait effectivement que 7 à 800.

Dans tous ces cas la fraude était impunie, tel était du moins l'*Ipsum jus*. Mais le Préteur s'émut de cette

doctrine rigoureuse qui plaçait celui qui avait voulu emprunter dans la condition d'un donateur ; il jugea ce résultat inique (*iniqum est te eo nomine condemnari*) et voulu y remédier en établissant, entre la stipulation (ou le contrat *litteris*)et le *mutuum* qui en était la cause, ce lien naturel que le Droit civil ne voulait pas reconnaître et en donnant à l'emprunteur le droit de prouver que la remise de l'argent, élément constitutif du prêt, n'avait pas eu lieu.

Le Préteur atteignit ce résultat non pas directement, mais par les voies qu'il suivait toujours pour tempérer la rigueur du Droit civil, en usant d'un subterfuge. Il accorda à l'emprunteur une *exceptio doli* et plus tard il étendit à ce cas, une action née du Droit civil : la *condictio sine causa*.

Nous étudierons plus loin le caractère et les effets de ces deux moyens, première forme de l'exception *non numeratæ pecuniæ* et de la *condictio* qui y fut ajouté plus tard comme un développement nécessaire. Mais auparavant, il nous faut parler des *cautiones*, sorte d'écrits sur la nature desquels tous les auteurs ne sont pas d'accord, dont l'usage s'introduisit dans la pratique romaine à peu près à l'époque où s'opérait dans la législation l'évolution que nous venons de signaler et qui ont une grande importance dans la matière que nous avons entrepris de traiter.

CHAPITRE III

Des syngraphæ et des chirographa.

Nous savons que les Romains, après la disparition de l'ancien contrat *litteris*, se servaient d'une autre espèce d'écrits, empruntés aux pérégrins, et qui s'appelaient *syngraphæ* et *chirographa*. Matériellement, la *syngrapha* et le *chirographum* sont faciles à distinguer : « *Inter syngraphas* et cetera *chirographa* hoc interest quod..... ceteræ tabulæ *ab una parte* servari solent *syngraphæ signatæ* utriusque ; nam utrique parti servandæ traduntur. » (Asconius, *In. Verr.* II, 1, 36).

Les *chirographa* portaient beaucoup d'autres noms *(instrumenta, documenta, tabulæ)* parmi lesquels le plus généralement usité était celui de *cautiones*.

Quels sont l'origine, le caractère et les effets de ces *cautiones ?* Tels sont les différents points que nous devons rechercher.

SECTION PREMIÈRE

Des cautiones en général.

Le créancier qui intentait des poursuites contre son débiteur en se fondant sur une stipulation devait, en vertu du principe juridique qu'au demandeur incombe la charge de prouver sa prétention *(actori incumbit probatio)*, prouver que la stipulation avait effectivement eu lieu et que toutes les formalités prescrites pour sa validité avaient été observées (L. 2, D., *De prob.*, 22, 3). La preuve la plus généralement répandue à l'origine était la preuve testimoniale. Mais, dès l'époque classique, quand l'usage de l'écriture se fut répandue chez les Romains, l'habitude s'introduisit de constater dans des écrits (*chirographa*, *cautiones*) la stipulation qui était intervenue et l'accomplissement des formalités prescrites pour sa validité.

A quelle époque précise s'introduisit cet usage des *cautiones*? On n'en sait rien. On constate seulement que Cicéron énumère les stipulations parmi les *res quæ ex scripto aguntur* (*Topiques*, ch. XXV et XXVI). (Voir aussi les intéressants aperçus que présente M. Huc sur l'écriture à Rome, *Et. hist. sur la not. de cause*, p. 15-20).

On n'exigeait pas que la *cautio* fut conçue dans une forme consacrée ni qu'elle reproduisit textuellement, sous peine d'être dépourvue de sa force probatoire, les formules de la stipulation, il suffisait que cet écrit contînt la déclaration qu'une promesse avait été faite, et l'on supposait facilement la parfaite conformité de la demande et de la réponse, et la pleine régularité du contrat verbal. C'est ce que dit Paul : « *Si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente, responsum sit.* » (*Sent.* liv. V, tit. 7, parag. 2, *De verb. obl.*, texte reproduit par le parag. 17 du tit. des *Inst.* de Justinien, *De Inut. stip.*). — Ulpien, de son côté, dit que la mention *si fidejussisse* faite par le souscripteur faisait présumer qu'il avait été interrogé et qu'il avait répondu conformément aux prescriptions de la loi : « *Si quis scripserit se fidejussisse videri omnia solemniter acta.* » (L. 30, D., *De verb. oblig.*).

Enfin, un rescrit de Sévère et d'Antonin porte : « Licet epistolæ quam libello inseruisti ; additum non sit stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res *inter præsentes* gesta est, credendum est præcedentem stipulationem vocem spondentis subsecutum esse. » (C., *De contr. stip.*). Et Paul dit également : « Si *inter præsentes* actum est, intelligendum etiam a parte Titii præcessisse verba stipulationis. » (L. 134, parag. 2, D., *De verb. oblig.*, 45, 1).

On voit, par les deux derniers textes, que si les

paroles de la stipulation étaient présumées avoir précédé la rédaction de la *cautio*, cette présomption n'était pas irréfragable ; le souscripteur était recevable à prouver que la stipulation supposée dans la *cautio* n'avait pas eu lieu, et spécialement qu'il n'avait jamais été en présence de son adversaire. La présence des parties, en effet, était rigoureusement exigée pour la validité de la stipulation (*si inter præsentes*, disent également et la constitution de Sévère et d'Antonin, et le texte de Paul) ; « en sorte que le contrat verbal aurait pu se définir le contrat *inter præsentes* », dit Gide (p. 171, *loc. cit.*).

Justinien, lui aussi, constate cette nécessité de la présence des parties, mais pour l'abroger : « *Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est.* » (*Inst.* III, *De mut. stip.*, XIX, 12). Il en résultait que le Droit romain permettait, en principe, de combattre une preuve littérale par une preuve testimoniale. Cette faculté accordée au souscripteur de démentir la teneur de l'acte signé par lui présentait des dangers sérieux : « Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et *non præsentes* esse vel se, vel adversarios suos contendentibus. » (*Inst.*, *eod. loc.*). — Aussi Justinien voulut-il y remédier et décida-t-il que l'écrit ferait pleine foi et que le souscripteur ne serait plus admis à le contester sous le simple prétexte qu'il n'avait pas été en présence de son adversaire, à moins

que, par écrit ou par de bons témoins placés au-dessus de tout soupçon, il ne justifiât d'un *alibi* et ne prouvât qu'il avait passé tout le jour indiqué comme étant celui auquel aurait eu lieu la stipulation hors du territoire désigné : « Propter celeritatem dirimendarum litium introducta est (nostra constitutio) per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credenda, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos adprobaverit, in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse. » (*Inst.*, *eod. loc.*).

On voit combien la stipulation s'était écartée de sa rigueur primitive. Il suffisait d'écrire au bas d'un acte, les deux mots *spopondit*, *promisit*, ou deux autres équivalents pour tenir lieu de la stipulation. Aussi, Gide a-t-il pu dire que « le contrat soi-disant verbal se faisait par écrit. » (*Et. sur la Nov.*, p. 171).

Dès lors, la stipulation fût complètement transformée, et Paul et Ulpien ne la considéraient déjà plus que comme une opération subsidiaire : « *Obligationem firmandarum gratiâ stipulationes inductæ sunt* », dit Paul (*Sent.* V, 7, § 1), et Ulpien : « Sciendum est omnes stipulationes naturâ sui *cautionales* esse ; hoc enim agitur in *stipulationibus ut quis cautior sit et securor interposita stipulatione.* » (L. 1, § 4, *De stip. præt.*).

Cependant, pour la rédaction de toutes les *cautiones*, on employait la formule de la stipulation; tous les écrits qui sont parvenus jusqu'à nous en font foi: *Tantam pecuniam dari stipulatus est A. Agerius, spopondit Num. Negidius*, — ou bien : *Hæc recte dari fieri præstarique stipulatus est A. A., spopondit N. N.*, — ou encore: *Fide rogavit A. A., fide promuit N. N.* (Voir les textes du *Digeste* cités par Maynz, t. II, p. 352, note 27 ; les *Fontes juris* de Bruns et les *antiqui juris vestigia* de Giraud). Et l'on employait ces formules, qui supposaient une stipulation, non seulement pour celles des conventions qui, en vertu du vieux principe: *ex nudo pacto actio non nascitur*, devaient, pour engendrer des obligations reconnues et sanctionnées par le Droit civil, emprunter la forme de la stipulation, mais encore pour celles qui valaient comme contrats par le seul effet du consentement des parties. De telle sorte que, quoique la stipulation fut de moins en moins utile et puissante en Droit, elle devenait de plus en plus usitée en fait; seulement, elle se transformait. Aussi peut-on dire que la décision par laquelle l'empereur Léon permit, en 469, de stipuler sans employer les formes solennelles, ne fut que la consécration légale d'une pratique constante; il y avait longtemps déjà qu'on se passait de ces formes.

La généralisation de l'usage des *cautiones*, coïncida avec le triomphe de la doctrine qui rattachait la stipulation à sa cause et en faisait dépendre l'efficacité de

l'existence et de la validité de cette cause : « *pendet ex negotio contracto* », « *propter exceptionem inanis est* », disent les textes à propos de la stipulation. « Aussi déjà, dit Ortolan, il n'est plus aussi vrai que les paroles ou l'écriture consacrées obligent par elles-mêmes ; au fond, il faut remonter à une cause première d'obligation, il faut que cette cause existe réellement, sinon l'obligation quoique subsistant selon le strict Droit civil, reste sans effet. » (Ortolan, t, III, n° 1435), — On prit alors l'habitude de mentionner dans la *cautio* destinée à constater la stipulation, la cause de cette stipulation. On avait ainsi, dans le cas d'un *mutuum*, accompagné d'une stipulation constatée dans une *cautio*, la représentation complète de toutes les phases successives de l'évolution de la législation romaine, telle que nous venons de la parcourir :

1° Une stipulation, contrat générateur de l'obligation d'après le Droit civil ;

2° Un *mutuum antecedens*, cause de la stipulation et véritable contrat générateur de l'obligation d'après le droit prétorien ;

3° Enfin une *cautio* qui ne servait qu'à prouver la stipulation et sa cause.

Des auteurs nous paraissent avoir méconnu cette vérité historique en prétendant que les *cautiones* ou *chirographa* ne constituaient pas seulement des documents probatoires, mais qu'ils constituaient une véritable forme de contracter, un contrat *litteris* nouveau, ayant les mêmes

caractères et les mêmes effets, quoiqu'avec d'autres formes, que l'ancien contrat *litteris* que nous avons précédemment étudié. (V. Ortolan *Explic. des inst.*, 11e édition, t. II, n° 1431 et l'appendice VIII de M. Labbé dans le même volume). Ces auteurs voient des applications de ce contrat dans tous les textes qui parlent de *cautiones* ou *chirographa* sans parler de stipulation, et ils appuient l'interprétation qu'ils donnent de ces textes sur un passage des commentaires de Gaïus qu'ils ont le tort de ne pas traduire littéralement : Ce texte dit: « Præterea *litterarum obligatio fieri videtur chirographis*, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, *si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est* » (Gaïus, II, 134). — Ainsi, dit-on, Gaïus constate que le *chirographum* constituait chez les pérégrins une *litterarum obligatio;* or les Romains, dont les relations avec les pérégrins étaient devenues de plus en plus fréquentes, ont dû leur emprunter ce contrat *litteris* et c'est évidemment à ce mode de contracter, que font allusion la plupart des textes qui parlent de *chirographa*.

Sans entrer dans les détails de cette controverse, remarquons seulement que Gaïus ne dit pas : *litterarum obligatio fit*, mais : *litterarum obligatio fieri videtur*, ce qui veut dire non pas qu'il existait chez les pérégrins un véritable contrat *litteris*, mais une sorte de contrat *litteris* un *semblant* de contrat *litteris*. — D'ailleurs

les Grecs, qui étaient ceux des pérégrins avec lesquels les Romains étaient le plus en relations, ne connaissaient pas de contrat *litteris*, car leur législation (en cela diamétralement opposée à la législation formaliste des Romains) admettait le principe selon lequel le consentement seul oblige (voir Gneist, *de causæ probatione stipulatoris*, p. 8; — et introduction de Dareste aux *Plaidoyers civils* de Démosthène, pp. XXXIV, XXXVI, XXXVII, XLI; — enfin Gide, pp. 218, 219) et chez eux les *syngraphæ* et les *chirographa* n'étaient que des moyens de preuve. Il est donc impossible que Gaïus, qui connaissait parfaitement le droit grec, ait attaché aux expressions *litterarum obligatio fieri videtur* le sens que les partisans du contrat *litteris* leur attribuent. En ce qui concerne l'existence de ce contrat *litteris* nouveau chez les Romains, beaucoup de textes la démentent. C'est ainsi que dans la loi 4, D., *De fide instrumentorum*, L. 22, tit. 4, nous lisons : « .....fiunt enim de his scripturæ, ut, quod actum est per eas facilius probari possit... »; de même (L. 15, C., 4, 21) « in exercendis litibus *eaudem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium* ».

Cependant, comme un fait prouvé est considéré comme vrai et qu'il produit les mêmes effets, sauf la preuve contraire, nous comprenons aisément qu'on ait pu parfois confondre la pièce probante avec le fait qu'elle devait servir à constater. C'est ainsi que dans une constitution d'Alexandre Sévère, la *cautio* est appelée

obligatio (L. 7, c., *De non num. pec.*, 4, 30); et dans une constitution d'Arcadius, il est même question d'une créance transformée en *litterarum obligatio* au moyen d'une *cautio* (L. 6, c. Ch., *De denunciatione, vel editine rescriptio*, 2, 4) : « Si quis debiti quod vel ex fœnore vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in *litterarum obligationem facta cautione translatum est*... dirigat actionem... ». Il suffit, au reste de lire la constitution entière pour se convaincre que les mots *in litterarum obligationem translatum* y sont employés abusivement et sans qu'on puisse leur attribuer la signification technique que nous trouvons chez les jurisconsultes classiques ; il s'agit d'une question de procédure. (Voir Accarias, note 1 de la page 391).

SECTION II

Des cautiones causées et non causées.

Nous ne nous occuperons ici que de la *cautio* constatant une obligation unilatérale de payer une somme d'argent (ce qu'on appelle chez nous un billet).

Quelle est la force probante de cette *cautio*? Le créancier qui la produit a-t-il prouvé tout son droit? N'a-t-il pas au contraire quelque autre preuve à faire? A cette question, deux textes répondent. Le premier

est de Paul. Après avoir traité de la question de preuve au cas où une personne intente la *condictio indebiti*, Paul ajoute : « Sed hæc ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur, et *indiscrete* loquitur, tunc eum, in quem *cautio* exposita est, compelli debitum esse ostendere, *quod in cautionem deduxit* : nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, *causas explanavit*, *pro quibus eamdem conscripsit* : tunc enim stare eum oportet suæ confessioni : nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere, paratus sit, sese hæc indebite promisisse. » (Paul, S. 25, parag. 4, D. (*De probatio-nibus.*)

Ce texte de Paul ne parle pas expressément de stipulation, mais il n'en faut pas moins admettre qu'il s'agit ici d'une *cautio* constatant une stipulation. C'est ce que démontre très bien et ce sur quoi insiste particulièrement Gneist. (*De causæ probatione stipulatoris*) : Paul, dit-il, fait un rapprochement entre le cas d'une *condictio* intentée à la suite d'une *solutio indebiti* et celui d'une *condictio* tendant à obtenir la restitution d'une *cautio indebiti* ; or cette assimilation entre la *solutio indebiti* qui suppose une dation et la *cautio indebiti* ne se comprend à son époque, que s'il a fait allusion à une obligation *ex stipulatu* ; la stipulation seule étant comparée par les textes classiques à une dation (L. 38, D., *De obl. et act.*) De plus quand on lit le texte dans son entier, on est forcé de convenir

que tel en est le vrai sens; le contenu même du § 4 que nous avons reproduit, les termes dans lesquels il est conçu (*in cautionem deducere*, *indebite promisisse*) ne permettent pas d'hésiter; il n'y est question que d'une stipulation. D'ailleurs, nous avons déjà fait remarquer que la formule de la stipulation était devenue au temps de Paul, une clause de style dans toutes les *cautiones*; cela résulte de ce que Paul lui-même dit dans ses *Sentences*: « Si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione prœcedente responsum sit. » (*loc. cit.*)

Le second texte, sur cette question de preuve, parle, lui, formellement de stipulation. C'est une décision de l'empereur Justin, prédécesseur de Justinien: « Generaliter sancimus; ut, si quid scriptis, cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causâ descendentibus *eamque causam specialiter promissor edixerit*, non jam ei licentia sit causæ probationem *stipulatorem* exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scripto inserta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quenquam modum, et non in eum quem *cautio* perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide *protestatus est*, id in eumdem causam infirmare, testimonio que proprio resistere. » (*Justin*, L. 13, C., *De non num. pec.*)

Le texte de Justin suppose, sans la faire, une distinc-

tion que le texte de Paul pose très nettement. Cette distinction est la suivante : ou la *cautio* exprime la cause de la stipulation qu'elle relate (billet causé), telle que celle-ci : « *L. Titius scripsi ex emptione C. Mævio me debere; et hæc C. proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Mævius, spopondi ego L. Titius.* »

Ou bien la *cautio* ne mentionne aucune cause; on dit alors qu'elle est conçue *indiscrète*, telle, par exemple, la *cautio* suivante : « *L. Titius scripsi C. Mævio me debere, et hæc C. proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Mævius, spopondi ego L. Titius.* »

Dans ce premier cas, le créancier qui invoque le billet dans lequel « *qui cautionem exposuit specialiter causas explanavit pro quibus eam conscripsit* » comme dit Paul, ou « *causam antecedentem promissor edixerit* », comme dit Justin, fait preuve complète de son droit. Le débiteur ne peut le forcer à faire la preuve de la cause indépendamment de ce billet « *non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere* », dit Justin ; il doit s'en tenir à son propre aveu « *stare eum oportet suæ confessioni* », dit Paul, « *suis confessionibus acquiescere debeat* », dit Justin. Seulement Paul et Justin ajoutent tous deux que cette preuve n'est pas définitive, elle n'est pas à l'abri de la preuve contraire que peut administrer le débiteur pour établir la fausseté de la cause alléguée et avouée par lui-même. Mais alors, le jurisconsulte et l'empereur se montrent très exigeants sur la nature et la valeur des preuves

auxquelles peut recourir le débiteur qui veut prouver contre son propre aveu « evidentissimis probationibus in scriptis habitis », dit Paul, « per apertissima rerum argumenta scriptis inserta », dit Justin.

Dans le second cas de notre distinction au contraire, le créancier qui produit un billet non causé (*cautio quæ specialiter causas non explanat)* ne fait pas preuve complète de son droit; il lui faut en outre prouver la cause de sa créance « *eum in quem cautio exposita est compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit* ». Mais il peut faire cette preuve par tous les moyens; on lui laisse à cet égard toutes facilités.

L'interprétation que nous donnons du texte de Paul est celle de Voët qui dit : « causam debiti quod attinet eam instrumento inseri necesse est, ut ex eo efficaciter agere, ac plena debiti probatio peti porsit : adeo ut omissio ejus efficiet onus probandi in eum rejici, qui debitum sibi asserit. » (Toët ad Pandectas, lib. XXII, tit IV, nº 17, *De fid. inst.*). C'est aussi celle de Cujas : « Quid si quis chirographo caverit pecuniam quam non debebat? Sic distingue : aut cavit indiscrete, aut addita causa; indiscrete, id est nulla expressa causa: ut fateor me Titio debere centum. Si quis igitur ex tali cautione agit, debet probare causam debiti. At si addita causa emit, ut ex causa emptionis debeo, aut locationis ipse debet probare indebitum ». (Cujas, *Comment.*, t. VII, col. 861, B.). C'est d'ailleurs l'interprétation la

plus naturelle, celle qui résulte sans effort de la simple lecture du texte. Il s'en faut de beaucoup cependant que cette interprétation soit admise par tout le monde; elle a été vivement contestée, en Allemagne surtout, et M. Brissaud (*De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en Droit romain et en Droit français*, page 179) dit de l'une des interprétations différentes d'un auteur allemand (Schlossmann) « qu'on ne peut méconnaître dans cette explication une rare puissance de fantaisie logique ».

Mais cette interprétation même étant admise, en peut-on conclure avec certitude que tel était effectivement l'état du Droit au temps de Paul ? Beaucoup d'auteurs le contestent; pour eux, ce prétendu texte de Paul est apocryphe, et ils accusent Tribonien d'interpolation. Les uns, comme Cujas, vont jusqu'à dire que toute la loi 25 a été fabriquée par Tribonien : « omnia fere verba... in hac lege sunt Triboniani. » (Cujas, t. VII, sur la loi 25, *de prob.*) et plus loin « *est igitur hæc lex constitutio justiniani edita sub Pauli nomine* » (*eod. loc.*) —

De même Ant. Faber: « Nihil est in tota illa lege quod non sapiat Tribonianum. » (A. Faber, *conject.*, t. XVIII, c. 20). Cette opinion est aussi admise par Savigny (*Droit des oblig.*, t. II, pp. 286, 287, trad. Hippert) et la plupart des romanistes allemands. Plusieurs auteurs français l'adoptent également (Demangeat, t. II. n° 296 ; — Bonnier, *Tr. des pr.*, n° 630; — Acca-

rias, t. II, n° 583, note 2 de la page 390 et n° 660, p. 591, texte et note 1). — Cependant il semble invraisemblable que Justinien ait voulu émettre une constitution sous le nom de Paul ; le *Digeste* ne fournit aucun exemple d'un autre fait de ce genre.

Aussi d'autres auteurs (parmi lesquels Gneist) ont-ils pensé que le texte renferme comme un noyau appartenant au droit de l'époque classique, mais que Justinien y a ajouté certaines modifications ; le *principium*, les *paragraphes 1 et 4* sont tenus pour authentiques et sans altération ; le reste a été retouché en partie par les compilateurs du *Digeste.*

Disons enfin que certains auteurs (V. Glüch, Pand. 21, p. 276) ont soutenu l'authenticité complète de la loi 25.

Occupons-nous du paragraphe 4 de cette loi, le seul qui ait trait à notre question et voyons quels motifs on allègue pour en contester l'authenticité. Ces raisons sont de deux sortes : On dit d'abord que la stipulation étant le contrat par excellence, le contrat, de tous le plus rigoureux, celui qui donnait à l'obligation la plus grande force, il était impossible que le créancier, qui agissait en justice en vertu d'une stipulation prouvée, eut une autre preuve à faire. On ne peut se plier à l'idée que Paul ait pu permettre au débiteur de se dérober devant un créancier qui surgissait devant lui, ainsi armé de l'arme la plus sûre et la plus redoutable ; on invoque le passage suivant de Quintilien :

« satis est dixisse : certam creditam pecuniam peto ex stipulatione. Diversæ partis expositio est cur non debeatur. » Mais Quintilien vivait assez longtemps avant Paul et nous avons vu que déjà à l'époque de Paul, la stipulation n'était plus ce qu'elle avait été dans l'ancien Droit civil. Elle avait perdu peu à peu, par des tempéraments successifs, sa rigueur primitive. Ce n'était plus comme autrefois un acte abstrait, indépendant de toute base naturelle et se suffisant à lui-même ; on ne disait plus, « *stat per se* », « *sua vi et protestate constat* », mais au contraire, » *pendet ex negotio contracto* », *propter exceptionem inanis est* ». Son annulabilité dérivant du manque de cause en avait fait presque un contrat naturel. Dès lors la distinction posée dans le texte de Paul se justifie d'elle-même ; c'est la conséquence naturelle de la nouvelle doctrine, elle constitue le dernier pas dans la réaction contre le formalisme de l'ancien droit et contre son principe essentiel de l'exclusion de la cause. Du moment qu'on eût accordé au débiteur par l'*exceptio doli* et la *condictio sine causâ* les moyens de combattre la stipulation pour défaut de cause, on fut naturellement conduit à considérer la cause, telle que nous l'entendons aujourd'hui, comme un élément essentiel du contrat, élément que le demandeur devait prouver, au même titre qu'il avait autrefois la charge de la preuve des éléments purement formels, constitutifs du contrat sur lequel il s'appuyait. Une autre raison,

celle-là pratique, devait conduire au même résultat; c'était le désir de mettre fin aux procès sans nombre que devait faire naître la possibilité d'attaquer la stipulation comme étant sans cause. On voulut punir le créancier, qui en réalité dicte les clauses de l'acte qu'il exige, de n'avoir pas pris la précaution d'y faire mentionner la cause de la stipulation, précaution qui aurait facilité la solution des litiges postérieurs ou qui même, dans la plupart des cas, les aurait prévenus et empêchés. On présuma, d'ailleurs (et dans l'état de la législation, cette présomption n'avait rien que de très naturel) que si le stipulant n'avait pas fait insérer dans la *cautio* la cause de la stipulation, c'est qu'il avait cherché à entraver l'exercice de la *condictio*, en se réservant ainsi la faculté d'indiquer une cause autre que la cause réelle; ou bien c'est qu'il n'y avait pas de cause.

Un second ordre d'arguments que l'on invoque contre l'authenticité de ce paragraphe 4 de la loi 25, c'est, d'une part, qu'il contient beaucoup plus de détails sur la preuve que les autres fragments des *Pandectes*; c'est, d'autre part, que son style diffère beaucoup du latin correct et pur des écrits de Paul; ses hellénismes témoignent, a-t-on écrit, qu'il est l'œuvre de Justinien.

Sur le premier point, il est facile de répondre que ce texte de Paul date de la fin de l'époque classique; il est donc naturel que Paul ait constaté dans ce texte les innovations qui s'étaient produites de son temps

dans la législation. — Quant au reproche d'inélégance fait à ce texte, nous trouvons que c'est tomber un peu dans le purisme. D'ailleurs Gneist qui a défendu avec vigueur, en Allemagne, l'authenticité de cette loi a démontré victorieusement que le style convient très bien à un écrivain de l'époque classique ; il est incontestablement meilleur que celui de la constitution de Justin. En tous cas, ne pourrait-on pas admettre que les commissaires de Justinien aient glissé dans ce texte quelques expressions peu châtiées sans en changer pour cela complètement la teneur. Remarquons enfin, que le paragraphe 4 se relie parfaitement avec les autres paragraphes qui expriment la pensée de Paul.

Gneist fait valoir à l'appui de l'authenticité de ce paragraphe 4, que toutes les *cautiones* qui nous ont été conservées portent mention de la cause de l'obligation qu'elles constatent : « Omnia omnino exempla cautionum, quæ ex antiquitate supersunt, causam promittendi specialiter expressam habent. » (Gneist, *op. cit.*, p. 7). Or, ajoute-t-il, croit-on que, si la mention de la cause n'avait aucune utilité, si la *cautio* non causée, faisait preuve avec autant d'énergie que la *cautio* causée, on eût pris cette constante habitude de mentionner la cause dans le billet ?

Evidemment non : « Contra ubi in cautionibus romanorum causam stipulationis specialiter expositam videmus, inde colligas, eam maxime momenti esse in narratione et probatione causæ apud judicem. » (*eod.*

loc.). Ainsi depuis l'ordonnance générale sur le change du 27 novembre 1848, personne en Allemagne ne mentionne dans une lettre de change la cause de l'obligation, car cette mention ne serait d'aucune utilité; au contraire en France, où la clause *valeur fournie* est encore exigée, les lettres de change contiennent cette mention. S'il en est de même dans les *cautiones* des Romains, il faut conclure à une règle législative imposant aux parties cette formalité.

Tenons donc pour certaine la distinction établie par Paul et Justin : le billet causé fait preuve; le billet non causé ne fait pas preuve. Il est inutile d'ajouter que cette distinction est également vraie que ce soit le souscripteur qui, prenant l'initiative, intente la *condictio sine causa* pour obtenir la restitution du billet par lui souscrit (hypothèse prévue dans le texte de Paul), ou que ce soit le porteur du billet qui poursuive le souscripteur. Après ce que nous venons de dire, on peut se demander quel intérêt pouvait avoir le créancier à se procurer une *cautio indiscreta* puisque cet écrit ne faisait pas preuve complète de son droit. Sans doute cet intérêt était médiocre, aussi toutes les *cautiones* qui sont parvenues jusqu'à nous, mentionnent-elles la numération des espèces; cependant on peut concevoir encore un intérêt pour le créancier à être muni d'une *cautio* non causée. La *cautio indiscreta* fait preuve de la stipulation qui est intervenue ou qui est censée être intervenue; dès lors si le créancier doit néanmoins

prouver la numération, est-il tout au moins dispensé de prouver le transfert de la propriété, preuve qu'il aurait à faire s'il agissait en vertu d'un simple *mutuum*. Sans doute le plus souvent, la preuve de la numération et celle du transfert de la propriété coïncideront ; mais ne peut-on pas supposer que le débiteur actionné en restitution des deniers, refuse de faire cette restitution, en alléguant que la propriété des deniers ne lui a pas été transférée et qu'il est inquiété ou a de justes craintes d'être inquiété par un tiers qui se prétend propriétaire des deniers ?

Nous avons cru devoir insister pour établir cette distinction très importante, au point de vue de la preuve, entre la *cautio* causée et la *cautio* non causée, parce qu'elle explique merveilleusement la nature et la portée exacte, des modifications apportées plus tard aux effets de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

CHAPITRE IV

De l'origine de l'exception non numeratæ pecuniæ.

Nous avons suivi dans les pages qui précèdent l'évolution de la législation romaine, en ce qui concerne la question qui nous occupe, à travers ce qu'on appelle la période classique, période de transition entre le système du droit strict, primitivement admis, et le système du droit libre. Nous avons vu comment et pour quelles raisons les Romains avaient coutume de convertir en un contrat solennel, — surtout en stipulation, — le contrat de *mutuum* ; nous avons étudié les conséquences juridiques qui dérivaient, dans ces cas des principes rigoureux du Droit civil ; nous savons que ces règles strictes et abstraites froissaient souvent l'équité, qu'elles finirent par favoriser le développement de toutes sortes d'abus et de fraudes. Ce sont ces fraudes et ces abus qui attirèrent l'attention du Préteur et déterminèrent son intervention.

Mais le Préteur ne pouvait refuser au créancier, qui se présentait devant lui armé d'une *cautio* relatant une stipulation, la délivrance de la formule que celui-

ci lui demandait. Il eût, en ce faisant, trop ouvertement excédé ses pouvoirs. Seulement il insérait dans cette formule en faveur du débiteur, du côté duquel il reconnaissait qu'était l'équité, une *exceptio* dite *exceptio doli* : « Si quis autem... quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id est per exceptionem... » (L. 3, § 1, D., *De pec. constit*). — C'est aussi ce que rapporte Gaïus : « Sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniqum sit eum judicio condemnari : velut si stipulatus sim abste pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim ; nam eam pecuniam a te peti pone certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis.; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere ». (C. IV, § 116). Gaïus, cite cet exemple comme premier cas d'application de l'exception de dol et c'est aussi à ce propos qu'il nous donne la formule de cette exception : « Si, verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit quam non numeravit, sic exceptio concipitur : *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* » (IV, § 119). — Ulpien professe la même doctrine : « Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio hæc locum habeat, hæc sunt, quæ tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus deinde ex ea stipulatione experiatur : exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, qui stipulatur nihil dolo malo admiserit :

tamen dicendum est eum cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex stipulatione petere. Et si, cum interponeretur, justam causam habuit ; tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit: et si certa fuit causa stipulationis quæ tamen aut non est secuta, aut finita est : dicendum erit, nocere exceptionem. » (Ulpien, L. 2, § 3, D., *De dol. mal. et met excep.*) Mais le Préteur ne vint pas seulement au secours du débiteur au moyen de cette exception; il fit plus, il lui accorda aussi une *condictio* qui lui permettait de ne point attendre les poursuites, de prendre les devants et d'attaquer lui-même son créancier pour le forcer à lui restituer la *cautio* qu'il avait signée et qui constatait la stipulation intervenue : *Condicere obligationem*, disent les textes (L. 1, D., *De cond. sine caus.* — L. 1, D., *ut in poss. leg.*)

Ce n'était encore là que l'application à un cas particulier de deux moyens généraux par lesquels le Préteur venait au secours de ceux que la rigueur du Droit civil sacrifiait. Par aucun de ces moyens, du reste, le Préteur ne violait ouvertement le Droit civil. Le défendeur qui opposait l'exception, ne prétendait nullement que l'action du demandeur n'était pas fondée en droit; il se bornait à invoquer un fait de nature à en paralyser les effets. Il y avait là comme une demande reconventionnelle opposée à la demande principale du demandeur (Voir Ihering, *Esprit du Droit*

romain, t. IV, p. 47) et la condamnation se trouvait subordonnée à la condition que le fait invoqué par le défendeur n'existerait pas. — Il en était de même de la *condictio* ; elle ne portait aucune atteinte directe au Droit civil ; elle en respectait au contraire le principe. En effet, le Préteur, en accordant la *condictio sine causa* au débiteur pour obtenir sa libération, reconnaissait par là même que le débiteur était civilement obligé : car s'il n'était pas obligé, il n'aurait pas besoin d'exiger une quittance et la *condictio* serait sans objet (V, Gide, pp. 28 et 29.)

Le fondement de ces deux moyens est aussi le même ; c'est ce principe qu'on ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. « Hoc natura æquium est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletior » (L. 14, D., *De cond. indeb.* — Pomponius.), principe dont l'application fait naître à la charge du créancier une obligation *quasi ex contractu* sanctionnée par cette *condictio sine causa*. C'est évidemment s'enrichir injustement que de devenir créancier, en vertu de la stipulation, d'une somme qu'on avait promis de compter et qu'on n'a pas comptée. La créance du stipulant a une cause civile, elle n'a pas de cause naturelle ; le stipulant est débiteur envers le promettant de la restitution de la créance.

Mais si à tous ces points de vue l'*exceptio doli* et la *condictio sine causâ* se ressemblent, elles diffèrent aussi à plusieurs égards :

1° Quant à leur mode d'exercice : l'une, *(la condictio)* oblige celui qui veut en profiter à prendre l'offensive à jouer le rôle de demandeur ; l'autre, (l'exception) présente cette utilité qu'elle permet au débiteur de rester sur la défensive, d'attendre l'action du demandeur lequel, d'ailleurs, n'agira peut-être pas.

2° Quant à leur origine : la *condictio* était née du Droit civil, la jurisprudence prétorienne ne fit que l'étendre aux actes sans cause. L'exception, au contraire, fut créé par le Préteur comme une action dans une autre action ; elle se prêtait naturellement à la sauvegarde des règles de l'équité dans les cas où le *jus civile* en faisait trop bon marché.

Et maintenant, de ces deux moyens, lequel apparut le premier ? Les textes ne nous apprennent rien à cet égard et on en est réduit à de simples conjectures ; c'est assez dire que la question est très controversée. Disons seulement qu'on pense généralement et avec raison, croyons-nous, que l'exception précéda la *condictio*. C'est du reste conforme à la tendance générale des Romains à favoriser le possesseur de préférence à tout autre. Il est à présumer que la *condictio* ne fut créée pour mettre l'auteur d'un acte sans cause à l'abri des conséquences préjudiciables de cet acte, qu'après que le Préteur lui eut accordé, au moyen de l'*exceptio doli*, une sorte de droit de rétention.

Nous avons insisté un peu sur les origines et les caractères de ces deux moyens de droit, parce qu'ils

sont la première forme, encore vague et générale, de l'exception *non numeratæ pecuniæ* et de la *condictio* qui l'accompagnait.

En effet, les textes nous apprennent qu'indépendamment de l'exception *doli* on pouvait aussi dans les mêmes circonstances opposer une autre exception dite *non numeratæ pecuniæ* : « Si fidejusor conventus cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis, an mandati judicio persequi possit id, quod solverit quœritur? Et si quidem sciens prætermiserit exceptionen *vel doli, vel non numeratæ pecuniæ*, videtur dolo versari : dissoluta enim negligentia prope dolum est. » (Ulp. 29, D., *Mandati vel contra.*) — Pourquoi deux exceptions pour arriver au même résultat? La réponse très précise à cette question nous est donnée par Ulpien : « Adversus parentes patronos que neque *doli exceptio*, neque alia quidem quæ patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet, competere potest; *in factum tamen erit excipiendum :* ut si forti *pecunia non numerata* dicatus objiciatur *exceptio pecuniæ non numeratæ.* » (Ulp. 4, § 16, D., *De dol. mal.* et *met. except.*)

L'exception *non numeratæ pecuniæ* n'est donc à l'origine que l'exception de dol conçue *in factum*. Il y a, entre ces deux exceptions, le même rapport qui unit l'espèce au genre.

Mais l'exception *non numeratæ pecuniæ*, avait sur l'exception *doli mali* cet avantage de préciser la cir-

constance qui donnait naissance à l'exception ; aussi se généralisa-t-elle rapidement. Elle fut employée même dans les cas où les deux parties en cause n'étaient unies par aucun lien de parenté ni de pratronage et elle supplanta entièrement l'exception *doli mali.* Dans les *Institutes* de Justinien, il n'est plus question que de l'exception *non numeratæ pecuniæ* comme en témoigne le passage suivant qui modifie le texte précité de Gaïus : « Idem juris est si quis credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeravit : nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est, dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis; sed, quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per *exceptionem pecuniæ non numeratæ* te defendi debere. » (*Inst.* L, IV, *De except.* XIII, 2).

CHAPITRE V

De l'exception non numeratæ pecuniæ

Nous avons vu les origines historiques de l'exception *non numeratæ pecuniæ;* nous savons qu'elle se présenta d'abord sous la forme d'une exception *in factum* destinée à remplacer l'exception générale de dol dans les cas où celle-ci n'était pas applicable. Il nous reste à étudier cette exception en elle-même, à partir du moment où elle se détache d'une manière définitive de l'exception de dol, prend corps en quelque sorte, et devient une exception à part, non plus réservée aux cas spéciaux pour lesquels elle fut créée, mais opposable dans tous les cas où il s'agissait de soustraire le débiteur aux conséquences juridiques qui résultaient, de par le Droit civil, d'une stipulation intervenue pour un *mutuum* non réalisé.

Dans les observations qui vont suivre, nous nous placerons toujours dans cette hypothèse d'une *cautio* constatant une stipulation faite en vue d'un *mutuum* non encore réalisé au moment de la stipulation (*spe futuræ numerationis*). Ce n'est pas à dire pour cela que l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne trouvât, théori-

quement au moins, son application que dans cette hypothèse ; il est évident, par exemple, que l'exception *non numeratæ pecuniæ* était opposable aussi bien dans le cas où le créancier agissait en vertu d'un contrat *litteris* (transcriptio) que dans celui où il agissait en vertu d'une stipulation pure ou relatée dans une *cautio.* Si nous envisageons seulement la dernière hypothèse, c'est qu'elle était *pratiquement* la seule où l'exception *non numeratæ pecuniæ* trouvât l'occasion de s'exercer. Nous savons en effet que depuis longtemps déjà, la *tarnscriptio* était tombée en désuétude ; d'autre part, on ne faisait presque jamais de stipulation sans la constater dans une *cautio* et aucune *cautio* n'était rédigée sans contenir la formule de la stipulation.

Nous étudierons l'exception *non numeratæ pecuniæ* à cinq points de vue :

1° Nous déterminerons d'abord la nature juridique exacte de cette institution ;

2° Nous étudierons ensuite ses effets, spécialement au point de vue de la preuve ;

3° Nous nous demanderons quelle est exactement l'étendue d'application de cette exception ?

Dans quels cas elle a lieu, à quelles demandes elle peut être opposée ?

4° De même par qui et contre qui cette exception est-elle opposable ?

5° Enfin nous rechercherons quelles peuvent être les causes d'extinction de cette exception.

Sur tous ces points, nous verrons quel était l'état de la législation à l'origine et quelles modifications y furent apportées dans la suite jusqu'au droit de Justinien inclusivement.

SECTION PREMIÈRE

De la nature juridique de l'exception non numeratæ pecuniæ

Nous avons vu que les textes nous présentent l'exception *non numeratæ pecuniæ* comme une *exception in factum* : « *In factum* tamen erit *excipiendum* » nous dit Ulpien dans une loi précitée (V. parag. 16, *De dol. mal.*) et dans un rescript des empereurs Dioclétien et Maximien inséré au Code, au titre *de non numerata pecunia* (L. 9) nous lisons : « cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, si stipulatione interposita, placita creditor non dederit : *in factum* dandam *exceptionem* convenit. »

Malgré le caractère catégorique de ces expressions : *in factum erit excipiendum, in factum dandam exceptionem*, on s'est demandé si ces deux qualifications étaient exactement appliquées à l'institution que nous étudions.

1° Et d'abord l'exception *non numeratæ pecuniæ* est-elle vraiment une exception ? Des auteurs ont cru devoir répondre à cette question par une distinction :

Le créancier agit-il en vertu d'une stipulation? Alors l'*exception non numeratæ pecuniæ* est véritablement une *exception*; car le débiteur est rigoureusement tenu en vertu de la stipulation; il ne peut pas prétendre qu'il n'est pas obligé; il tend seulement à paralyser, au moyen d'une exception, l'action du créancier.

Mais le créancier agit-il en vertu d'une simple *cautio*? Alors la qualification d'*exception* appliquée à l'institution que nous étudions est inexacte. Ce n'est pas en effet sur la *cautio* elle-même que le créancier fonde son droit d'agir; c'est sur le contrat de *mutuum* que la *cautio* est destinée seulement à prouver; et comme il n'y a pas de *mutuum* sans numération, le défendeur qui prétend n'avoir rien reçu ne fait que contredire la demande. Il y a donc là une *défense* proprement dite et non une *exception*. (Voir Accarias, t. II, nº 581.)

Maynz de son côté dit: « L'exception *non numeratæ pecuniæ* n'est pas une vraie exception; elle constitue plutôt ce que les commentateurs appellent une *litis contestatio negativa* ». (Maynz, t. II, § 333).

On appuie cette distinction sur un passage des *Institutes* de Justinien. L'empereur, après avoir dit que celui qui « *se debere scripserit quod ei numeratum non est* » n'a que deux ans pour opposer la non numération, ajoute: « Sic fit ut hodie dum queri non potest, scriptura obligetur et ex ea nascitur condictio, *cessante scilicet verborum obligatione.* » (*Inst.* L. III, *De litt. obl.*, tit. XXI, pr.). Et l'on traduit ces expressions:

cessante scilicet verborum obligatione, de l'une des manières suivantes : » *Mais cela seulement en l'absence d'obligation verbale.* » (Accarias, t. II, p. 399) ; ou « *en l'absence bien entendu d'obligation par paroles* » (Ortolan, t. II, n° 261), et l'on conclut que Justinien lui-même fait dans ce texte la distinction que nous venons d'exposer.

Que penser de cette distinction ? — Il est hors de doute que le défendeur qui, poursuivi directement en vertu d'un *mutuum*, oppose la non numération des deniers, contredit directement le droit du créancier, il oppose une vraie défense et non une exception ; mais nous doutons que ce cas se présentât jamais en fait. Nous savons, en effet, qu'une pratique constante s'était établie à Rome, dès l'époque où l'usage des *cautiones* se répandit, de ne presque jamais faire de stipulation sans la constater par écrit, et de ne presque jamais rédiger aucun écrit sans y supposer une stipulation antérieure que la *cautio* était destinée à prouver et sans y insérer la formule même de la stipulation (*spopondit, promisit*). Cela était particulièrement vrai pour le billet *cautio* destiné à faire preuve d'une obligation de payer une somme d'argent, car nous savons que, dès l'origine, le *mutuum* était presque toujours accompagné d'une stipulation : « Presque toujours, dit Gide, les prêts à Rome revêtaient la forme d'une stipulation, car cette forme était indispensable pour rendre les intérêts exigibles ; presque toujours les *chirographa*

constatant des prêts se terminaient par la phrase de style : spopondit, promisit, et par conséquent presque toujours aussi le souscripteur du *chirographum avait besoin, pour dénier le prêt, de formuler une exception proprement dite* (Gide, *Et. sur la Nov.*, p. 226).

Ce n'est pas tout. Cet usage d'insérer la formule de la stipulation dans la *cautio* était si général que l'on finit par considérer toute *cautio* comme la preuve naturelle et ordinaire de la stipulation ; de sorte que la stipulation, dépouillée de son caractère solennel, n'existant guère plus que de nom, finit par se confondre avec l'écrit destiné à la prouver. C'est ce qu'exprime très bien M. Brissaud : « s'il s'agissait d'un écrit ne relatant que le prêt (ce qui sera fort rare : *les verba concepta de la stipulation formant pour les cautiones une clause de style*), l'exception s'appliquerait-elle ? Il semble que non à ne regarder que la nature de l'écrit : l'écrit n'est qu'un moyen de preuve : le créancier n'agira pas en vertu de l'écrit mais en vertu du *mutuum* ; le débiteur n'aura donc pas besoin d'une exception pour repousser sa demande une simple dénégation lui suffira. — Mais on ne tient pas compte dans ce raisonnement de la transformation profonde que l'usage de l'écriture, comme moyen de preuve, avait apportée dans la théorie des contrats. *La stipulation s'était confondue avec l'écrit qui la mentionnait ; l'habitude d'insérer dans tous les actes la clause de la stipulation, conduisit à attribuer à tous les actes les effets de la stipulation ; on*

sous-entendit celle-ci. Il arriva par suite qu'on ne fit aucune différence entre la reconnaissance d'une dette ayant sa source dans le prêt et la *cautio* rédigée à la suite d'un prêt avec mention d'une stipulation. De là, la possibilité et la nécessité d'une exception, pour repousser l'*action.* » (Brissaud, *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles* pp. 203 et 204).

Mais alors quelle pouvait être l'utilité de cet usage constant à Rome qui consistait à supposer une stipulation antérieure et à mentionner dans la caution les termes mêmes de cette stipulation? L'explication de cette anomalie ne peut être fournie que par la tradition historique. Il n'y avait là qu'un souvenir de l'ancienne législation.

Dès lors que devient, pratiquement, cette distinction entre le cas d'une stipulation sans *cautio* et celui d'une *cautio* sans stipulation?

Quant au texte des *Institutes* sur lequel on s'appuie, nous doutons que la traduction qu'on en donne soit bien conforme au sens qu'y a attaché son auteur. Ne pourrait-on pas dire que par ces mots : *cessante scilicet verborum obligatione*, Justinien a voulu tout simplement constater la dégénérescence de la stipulation à son époque, et donner de ces mots la traduction suivante :... *pour ne point parler de la stipulation qui n'est plus qu'une superfétation.* Cette interprétation nous paraît devoir résulter de la comparaison du texte de Justinien avec le texe correspondant de Gaïus.

On sait que toutes les fois que Justinien entendait reproduire exactement la pensée de Gaïus, il le copiait textuellement; or ici les deux textes diffèrent sensiblement dans la forme; n'est-on pas autorisé à conclure de la différence des termes à une différence dans la pensée? Tout au moins, sur ce point le doute est-il permis. C'est d'ailleurs la conclusion de Van Wullten Palthe (*Dissertatio juridica inauguralis de causa in conventionibus*, p. 31, note 1. — Thèse de doctorat soutenue devant l'académie d'Utrecht) : « Si titulum institutionum *de litterarum obligatione* inspiciens, attendo verba : « *cessante scilicet verborum obligatione,* in tentationem inducor iis hunc sensum tribuere ac si imperator dixisset : « *Obsoleta enim est verborum obligatio.* » « Vera vis vocis *cessare* hunc intellectum confirmare videtur. Dubitare autem me facit quod in iisdem institutionibus plures occurrunt tituli de stipulationibus, et universe frequens est harum mentio in juris fragmentis quæ compilatione sua recepit Justinianus. Responderi posset receptam in juris libris rationem esse historicam, *Justiniani vero tempore nil nisi stipulationis nomen superesse,* quod de valida obligatione universe magis usurpatur. Habet hoc quo se commendat, attamen pro certo affirmare non ausim hæc verba ita accipienda esse. » Quoi qu'il en soit, comment les auteurs qui admettent la distinction expliquent-ils la qualification d'exception que les textes sont unanimes à donner dans tous les cas à l'*exception non*

numeratæ pecuniæ? M. Accarias va nous l'apprendre : « Cela tient peut-être à ce qu'à l'exemple des exceptions véritables, ce moyen devait être opposé devant le magistrat et inséré dans la formule, à peine de déchéance. *Aucun texte, j'en conviens, ne justifie cette conjecture*, mais elle se défend par elle-même. Car si vraiment les espèces n'ont pas été comptées, l'indignation du défendeur blessé dans sa conscience et dans ses intérêts a dû, dès les premières poursuites, lui arracher ce cri : je n'ai rien reçu. » Et plus loin M. Accarias ajoute : « Voici une observation qui donne quelque vraisemblance à ma conjecture. Lorsque le débiteur tenu d'une action de bonne foi peut se défendre par une exception de dol, on dit volontiers qu'il n'a pas besoin d'exception, et cela parce que le silence de la formule sur le moyen tiré du dol n'empêche pas le juge d'en tenir compte. Pourquoi donc, en sens inverse, n'appellerait-on pas exception un moyen de défense tiré du fond, mais qui aurait besoin d'être énoncé dans la formule? (Accarias, t. II, n° 581, p. 402, texte et note 1).

2° Il nous reste une seconde question à résoudre. Si l'exception *non numeratæ pecuniæ* est vraiment une exception, est-ce au moins une exception *in factum?* Que cette qualification fut exacte à l'origine, c'est un point que nous avons établi. Mais dès que cette exception cessa d'être considérée comme l'exception générale de dol, dans une de ses applications particulières; lorsqu'elle devint une exception distincte, vivant de sa

vie propre, ayant son nom particulier et ses règles spéciales comme à l'époque du rescript de Dioclétien et Maximien (L. 9, c., *De non num. pec.*) qui qualifie l'exception *non numeratæ pecuniæ* de *in factum*, ne doit-on pas dire qu'il y a là une inexactitude juridique ?

M. Accarias le pense. Pour lui, les caractères d'exception nommée et d'exception *in factum* sont inconciliables ; les exceptions nommées ne sont pas *in factum* et les exceptions *in factum* n'ont pas de nom. (V. Accarias, t. II, nº 895, a.). Comment donc expliquer les textes que nous avons cités et qui donnent à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui est évidemment nommée, la qualification *in factum* ? En supposant fondée l'opinion suivant laquelle aucune exception nommée n'est *in factum*, on peut admettre que cette qualification est restée à l'exception *non numeratæ pecuniæ* comme un vestige de son ancienne origine, alors qu'en effet elle ne constituait qu'une des nombreuses exceptions *in factum* qu'on pouvait substituer à celle de dol. (V. Accarias, *loc. cit.*). — D'ailleurs, il est à remarquer qu'Ulpien appelle *in factum* toutes exceptions autres que celle de dol et notamment l'exception *rei venditæ et traditæ* (L. 2, §§ 5 ; — L. 4, §§ 32, D., *De dol. mal. et met. excep.*).

SECTION II

Des effets de l'exception non numeratæ pecuniæ.

Nous avons à rechercher maintenant quels sont les effets de l'exception *non numeratæ pecuniæ*; et d'abord à qui incombe la charge de la preuve lorsque cette exception est opposé ?

En principe, celui qui invoque une exception doit établir qu'elle est fondée : « Qui excipit probare debet quod excipitur », dit Celse (L. 22, D., *Prol.*, 3, 9), et suivant l'expression plus élégante d'Ulpien : « *reus in exceptione actor est.* » (44, D., *De except.*, I, 1).

Le demandeur a, nous le supposons, établi sa prétention; il a produit un billet causé pour prêt, — car nous savons que le billet non causé (*cautio indiscreta*) ne faisait pas preuve complète, que le créancier avait encore à prouver la cause en vertu de laquelle il se prétendait créancier. — Mais une fois l'existence de l'obligation, et son fondement sur une cause reconnuè par la loi, ainsi établis, le débiteur doit être condamné, à moins qu'il ne prouve que l'une des conditions exigées pour la validité de l'obligation, — par exemple la cause, — fait défaut en réalité. Et, comme cette assertion tend à démentir son propre aveu, nous savons

qu'on s'était montré très exigeant sur la nature des preuves que le défendeur pourrait produire à l'appui de sa contre-prétention. (V. L. 125, § 4, D., Paul et L. 13, C., *De non num. pec,* Justin. On se rappelle que nous avons beaucoup insisté sur le premier de ces textes, tant pour en établir l'authenticité que pour en confirmer l'interprétation que nous signalons ici.)

Tel était donc le droit commun, dès la fin de l'époque classique. Mais les empereurs du IIIe siècle dérogèrent à ce principe en rejetant sur le créancier, auquel on opposait l'exception *non numeratæ pecuniæ*, la charge de prouver par des moyens autres que le billet, la cause de sa créance, c'est-à-dire la numération des deniers. Cette dérogation résulte d'une façon très nette du texte suivant : « Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri cæperis : exceptione opposita, sen doli, sen *non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse nuneratam* : *quo non impleto, absolutio sequetur.* » (L. 3, C., *De non num pec.*)

Comment, en présence d'un texte aussi formel, a-t-on pu soutenir (Baehr, Schlesinger *d'après Brissaud, loc. cit.*, que l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne mettait pas la preuve de la numération à la charge du demandeur ? Le titre *de non numerata pecunia* tout entier n'est susceptible d'aucun sens, se tranforme en énigme dans cette opinion. Outre la constitution précitée, nous lisons dans la suivante : « *Cum fidem cautionis agnoscius* intelligis, *te de non numerata pecunia*

nimium tarde *querelam deferre.* » Ce texte suppose évidemment la reconnaissance par le débiteur de la sincérité de l'aveu contenu dans la *cautio* et déclare que cette reconnaissance nouvelle du débiteur lui enlève le bénéfice de l'exception. Comment comprendre ce texte si la *cautio* est supposée vraie et fait preuve complète en faveur du créancier? (Add. L. 10, h. C.)

Donc la charge de la preuve, sur l'exception *non numeratæ pecuniæ*, incombait au créancier. Nous disons que cela constituait une dérogation au droit commun. Comprenons bien le caractère et la portée exacte de cette dérogation : elle consiste, selon nous, dans l'obligation où était le créancier, qui produisait à l'appui de sa prétention un billet causé et auquel le défendeur opposait l'exception *non numeratæ pecuniæ*, de prouver l'existence de la cause relatée dans la *cautio*, c'est-à-dire la numération des deniers, *par d'autres moyens que celui résultant du billet.*

Cette opinion est, nous l'avouons, très contestée. Des auteurs ont voulu faire une distinction suivant laquelle le défendeur ne pouvait opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* au demandeur, en rejetant sur lui la charge de prouver la numération, que quand le demandeur produisait une *cautio* conçue *indiscrete.* — Mais lorsque le demandeur agissait en vertu d'un billet causé pour prêt, le débiteur ne pouvait plus lui opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ.* Ils prétendent trouver le fondement de cette distinction dans la constitution de

Justin que nous avons citée et commentée en même temps que la loi de Paul, à propos des *cautiones causées et non causées*. Mais c'est un non-sens. En effet, le créancier qui ne produit à l'appui de sa prétention qu'une *cautio* conçue *indiscrete* n'a pas établi son droit, comme l'exige son rôle de demandeur ; dès lors, le défendeur n'a pas besoin d'exception ; il attend ; son rôle est purement passif : « Prouvez que je suis votre débiteur, » dit-il au créancier, et cette preuve ne sera parfaite, nous le savons, qu'après que le créancier aura établi qu'il a effectivement comptés les deniers. Mais cette preuve faite, le débiteur doit être condamné ; comment opposerait-il l'exception *non numeratæ pecuniæ* au demandeur pour lui imposer la charge de la preuve de la numération, puisque cette preuve le créancier l'a déjà faite ?

Remarquons d'ailleurs que la constitution de Justin qu'on nous oppose ne parle en aucune façon de prêt. Cette constitution n'a été probablement insérée dans le Code que parce que les auteurs de la compilation ont voulu, par un rapprochement entre le principe général posé dans cette constitution et l'exception *non numeratæ pecuniæ*, mettre plus vivement en lumière le caractère extraordinaire de celle-ci. C'est l'opinion de Gneist : « Hæc figura exceptionis inde ab anno 215 per multis Caracallæ et aliorum rescriptis, Justini, simul tamen cavetur, ut non nisi cautionibus creditæ pecuniæ locum habeat quæ simul cum numeratione emitti solent, non in cau-

tionibus ex antecedente causa descendentibus. » (Gneist, p. 15). — Cette opinion est confirmée par la comparaison des deux constitutions 5 et 13 (C. *De non num. pec.*); elle est justifiée aussi par une constitution de Dioclétien et Maximien : « Si non est numeratum *quod velut accepturum te sumpsisse mutuo scripsisti...* » (S. 4, C., *De cond. ex lege*). — Ce système est adopté par des auteurs considérables depuis Cujas jusqu'à nos jours. Boiceau et Danty disent : « l'exception *pecuniæ non numeratæ* avait lieu en Droit romain, en faveur du débiteur *quoique la numération* fut exprimée dans le contrat. » (Boiceau et Danty, *Traité de la preuve par témoins*, p. 650).

« On finit, dit Ortolan, par exiger du créancier la preuve de cette réalité (*numération des espèces*). Ce qui commença probablement pour les simples *cautions* ou écrits probatoires d'un *mutuum* dans les cas où ils étaient rédigés confusément (*indiscreti*) et ne constituaient pas un aveu, une preuve suffisante de la numération des espèces, *fut appliqué ensuite aux chirographa et aux stipulations motivées sur un prêt d'argent.* » (Ortolan, Labbé, t. II, n° 1437, *in fine*). — Enfin Paul Gide dit aussi que cette exception a lieu : « *Quand un billet constate un prêt* (p. 226).

Nous constatons dans le passage précité de Gneist, que cet auteur fait remonter à l'an 215 l'origine de cette importante dérogation au droit commun et l'attribue à Caracalla. Mais quelle est la raison de cet

étrange abandon des principes ? Comment justifier une règle qui semble violer si ouvertement l'équité puisqu'elle ne tend à rien de moins qu'à obliger un créancier, qui a été aussi diligent que possible, qui a eu soin d'exiger de son débiteur l'aveu écrit et signé de sa main tant de la dette elle-même que de sa cause, d'administrer une preuve, bien difficile à faire par des moyens autres que l'écrit lui-même, celle de la numération des espèces ? Si nous en croyions les empereurs Dioclétien et Maximien, il faudrait admettre que le seul motif de cette disposition exorbitante était l'impossibilité pour le débiteur de prouver un fait négatif : *la non numération des espèces*; cela résulte des expressions «... et negantem numerationem (*cujus naturali ratione probatio nulla est*)... » (L. 10, C., *De non num. pec.*). On a fait justice de cette assertion que la preuve d'un fait négatif est impossible, assertion qui pendant longtemps jouit d'un crédit qu'on a peine à s'expliquer. (V. Accarias, t. II, nº 581 et 776, note 4 de la page 389 et note 2 de la page 385. — Parmi les anciens auteurs, voir Franciscus Herculanus, *De negativa probanda*, t. V du *tractatus tractatuum* Coccéius, *de directa probatione negativæ;* Walman, *de directa probatione negativæ*). — Il est admis aujourd'hui que la preuve d'un fait négatif n'est ni plus ni moins difficile que celle d'un fait positif : « Sans doute, on ne prouve pas une proposition négative indéterminée telle que celle-ci : je n'ai jamais emprunté; mais quand la négative porte sur un fait

précis, tel qu'un emprunt consenti par telle personne, à telle date, à tel endroit, pour telle destination, rien ne s'oppose plus à la preuve. » (Accarias, *loc. cit.*) — Ajoutons que le fait négatif qu'il s'agit de prouver peut facilement être converti en un fait positif, ce qui ferait disparaître tous les obstacles, à supposer qu'il y en eut, à la preuve par le débiteur. Le débiteur peut établir, en effet, que l'aveu qu'il a signé a été fait en vue d'un prêt à réaliser ultérieurement (*spe futuræ numerationis*). Cette preuve faite, la force probatoire de la *cautio* résultant de la mention de la cause, cesse entièrement et c'est au demandeur à établir que la numération a été réellement effectuée, postérieurement à la signature du billet. Enfin, si le motif que donnent Dioclétien et Maximien était fondé, comment admettre que ce ne fut que si tard qu'on ait rejeté la charge de la preuve sur le demandeur? Ce motif n'aurait-il pas dû faire refuser toujours toute force probatoire au billet causé?

Le motif avoué de la dérogation étant reconnu inexact, il nous reste à rechercher qu'elle peut en être la raison véritable et cachée. Elle nous est révélée par le résultat même de cette dérogation. Elle tend à faire peser sur celui qui se prétend créancier une présomption de mensonge; or une présomption est nécessairement basée sur ce qui arrive le plus souvent, le *plerumque fit*; nous sommes donc naturellement amenés à penser que les fraudes et les abus dont nous avons déjà fait mention et qui avaient motivé la bien-

faisante intervention du Préteur, s'étaient à ce point généralisés à l'époque où nous sommes parvenus, qu'ils devinrent en quelque sorte la règle et qu'on fut autorisé à les présumer. D'ailleurs, il ne faut rien de moins que cette supposition d'un état social où la mauvaise foi s'était à ce point répandue dans les relations économiques pour, nous ne dirons pas justifier, mais concevoir et expliquer cette étrange dérogation aux principes.

Ce moyen était sans doute excellent à l'encontre des prêteurs de mauvaise foi ; mais il était désastreux pour ceux qui étaient honnêtes et qui avaient effectivement réalisé le prêt. Ces derniers se trouvaient ainsi à la merci de leurs débiteurs. Ils n'étaient jamais sûrs d'être remboursés puisque le moyen le plus efficace de prouver leur créance leur était enlevé. Aussi verrons-nous que les empereurs, se rendant compte des fâcheuses conséquences de cette dérogation, en limitèrent les effets à un temps plus ou moins court.

Mais le promettant n'était pas obligé d'attendre les poursuites du stipulant pour lui opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Il pouvait prendre l'offensive et intenter contre le stipulant la condiction *sine causa*. Tout ce que nous avons dit relativement aux effets de l'exception, s'applique également à la *condictio*. L'exception et la *condictio* sont deux formes différentes d'un même droit. (Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. IV, p. 47.)

Sur la *condictio* comme sur l'exception, le créancier avait à charge de prouver la numération quoique celle-ci fut avouée dans la *cautio* signée par le débiteur. Cela résulte de plusieurs textes : « Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quæ numerata non est, per *condictionem* obligationem repetere : *et si actor non petat vel exceptione non numeratæ pecuniæ* adversus gentem uti potestis » (L. 7, h., T.). La première pensée que suggère la simple lecture de ce texte, c'est que la *condictio* et l'exception sont placées sur la même ligne quant à leurs effets ; c'est ce qu'indiquent très bien les expressions *et si actor non petat vel exceptione non numeratæ pecuniæ*. La seule différence entre ces deux moyens c'est que l'exception est opposée sur l'action du créancier, tandis que sur la *condictio* c'est le débiteur qui est demandeur.

On a contesté cependant cette assimilation de la *condictio* et de l'exception. On a soutenu qu'au moins jusqu'à la constitution de Justin, la *condictio* différait de l'exception en ce que cette dernière excluait toute preuve au moyen de la *cautio* ; le créancier devait donc prouver la numération même quand elle était certifiée dans la *cautio* ; la *condictio* au contraire n'interdisait aucun moyen de preuve ; le créancier pouvait donc prouver la numération par la *cautio* lorsque celle-ci la mentionnait et ne se bornait pas à constater l'existence d'une obligation *in abstracto*. Mais à partir de la constitution de Justin, cette différence aurait disparu, le

créancier pouvant, sur l'exception comme sur la *condictio*, prouver la numération au moyen de la *cautio*. (V. Brissaud, 1re partie, p. 202.) On aperçoit le lien qui unit cette opinion à celle que nous réfutions précédemment à l'occasion de la détermination exacte des effets de l'exception *numeratæ pecuniæ*.

D'autres auteurs (Cujas, t. VII, sur le titre *De non num. pec.*), vont plus loin et soutiennent que cette différence entre la *condictio* et l'exception exista toujours et ne disparut même pas lors de la constitution de Justin.

Mais cette différence, selon nous, ne se justifie ni par un texe,ni par aucune considération juridique. Les textes, nous venons de le voir (add. L. 4, C., *De cond. ex lege)* placent sur la même ligne et l'exception et la *condictio*; de plus, les mêmes raisons qui déterminèrent la dérogation au droit commun relativement aux effets de l'exception *non numeratæ pecuniæ* devaient la faire admettre également pour la *condictio*. Ne voit-on pas d'ailleurs à quelles bizarres conséquences conduit la doctrine opposée ! Pour user de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, le débiteur devait attendre la poursuite du créancier ; or celui-ci choisit son heure pour agir et, comme le bénéfice de l'exception avait été limité à un temps assez court, si le débiteur n'avait pu prévenir l'extinction de son bénéfice en agissant lui-même avec les mêmes avantages que s'il était défendeur, il aurait appartenu au créancier de

rendre illusoire le bénéfice que la loi accordait au débiteur, en laissant passer le délai utile pour opposer l'exception. Cela est-il admissible ? « Exceptioni enim non potest locus esse, nisi cum proponitur actio : atque ita esset in potestate creditoris non agendo, nisi post biennium, auferre debitori commodum exceptionis non numeratæ pecuniæ, quod maxime in eo consistit, *ut nihil probare teneatur*, ut diximus pror. defin. n. 3, si non esset in potestate debitoris, non expectata creditoris actione, querelam deferre de non numerata pecunia, unde etiam factum videtur, *ut quamvis hoc casu debitor se constituat actorem, non tamen se oneret probatione* quia magis habetur pro reo, *perinde ac si exciperet* adversus agentem creditorem, quo casu nemo dubitar et quin credito, qui et ageret et affirmaret numeratam a se pecuniam, id ipsum probare deberet ex vulgaribus juris regulis. » (A. Favre, Cod. liv. IV, tit. *m* XXII. *De non nu. pec. defen.* VI, note 2).

Nous verrons bientôt qu'on tente d'établir, à un autre point de vue, une seconde différence entre la *condictio* et l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Ce bénéfice pouvait aussi s'exercer non plus sous la forme d'une exception proprement dite mais sous celle d'une réplique. Par exemple si, indépendamment de la promesse que j'ai faite j'ai constitué un gage *spe futuræ numerationis* et que je revendique ce gage, je pourrai opposer à l'*exceptio dati pignoris* la *replicatio non nume-*

ratæ pecuniæ. C'est ainsi que doit s'interpréter la première constitution du titre *de non numerata pecunia* : « Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es ; *in rem experiri potes : nam intentio dati pignoris, nec numeratæ pecuniæ non aliter tenebit quam si de fide debiti constiterit* » (add. l. 1 et 2, C,, *Si pign. convet. num. pec. sec. non fuerit*, liv. VIII, tit. 33). — Un autre texte (L. 16, h. T.) nous suggère une autre hypothèse dans laquelle l'exception *non numeratæ pecuniæ* s'exerça sous la forme d'une réplique. Ce texte suppose que le débiteur en signant la *cautio* a affirmé sous serment sa sincérité : « ...... *quæ etiam sacramenti habent mentionem*.... » et il ajoute que cette circonstance ne mettra pas obstacle à l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Or supposons que le débiteur intente la *condictio sine causa*, le créancier lui oppose l'exception *juris jurandi*, le débiteur répondra par la *replicatio non numeratæ pecuniæ*.

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que le débiteur peut, à la place de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, opposer, s'il le préfère, l'exception générale de dol, et que, dans l'un et l'autre cas, il jouira de la même faveur quant à la preuve. Cela est dit formellement dans la constitution 3 précitée : « ..... exceptione opposita *seu doli seu non numeratæ pecuniæ compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam* : quo non impleto absolutio sequetur. »

Enfin, l'exception *non numeratæ pecuniæ* peut être aussi bien opposée pour partie de la somme que pour la totalité. (L. 9, C., *H. T.*)

SECTION III

De l'étendue d'application de l'exception « non numeratæ pecuniæ ».

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que des dettes de sommes d'argent ayant leur cause réelle dans un *mutuum*. C'est d'ailleurs, nous le savons, pour cette hypothèse spéciale que l'exception *non numeratæ pecuniæ* fut créée (L. 4, § 16, D., *De dol. mal. et met.* excep. add. L. 1, 2, 5, C., *De non num. pec.)*. La constitution 5 dit : « Adversus petitiones adversarii si quid juris habes, *non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locum habere ubi quasi credita pecunia petitur.* » Cependant, l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne resta pas longtemps confinée dans ces étroites limites.

Nous voyons par un rescrit de Sévère et d'Antonin que déjà, bien avant Justinien, une exception était accordée au mari qui avait reconnu dans l'*instrumentum dotale* qu'il avait reçu la dot promise, alors qu'effectivement elle ne lui avait pas été payée et que cette exception, que les interprètes appellent *non nume-*

ratæ vel non datæ dotis avait le même effet que l'exception *non numeratæ pecuniæ*, car elle mettait à la charge de la femme demanderesse en restitution, la preuve de la numération avouée par le mari : « Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit : et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, *si dotem a te re ipsa datam probatura es.* » (L. 1, C., *De dot. caut. non num.*).

Justinien maintint cette exception qu'il appelle *exceptio non numeratæ pecuniæ* : « In dotibus, *quas dotas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio*, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, *liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere* non solum marito contra uxorem, vel ejus heredes, morte mulieris, vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cujus morte dissolutum est matrimonium : socero etiam vel ejus heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus intrumentis scriptum sit : omnique personæ, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et ejus similiter heredibus...» (L. 3. C., *eod. tit.*). Remarquons que, dans ce texte, Justinien se garde bien d'expliquer la dérogation au droit commun que présente cette exception, par ce motif, que nous avons rencontré précédemment, de l'impossibilité de prouver un fait négatif ; il la justifie par cette considération, beaucoup plus sérieuse, qu'il était d'un usage constant de déclarer dans l'*instrumentum dotale* que la dot avait été payée,

alors qu'effectivement elle ne l'avait pas été. Tels furent, selon toute vraisemblance, les deux seuls cas auxquels fut appliquée d'abord l'exception *non numeratæ pecuniæ*. C'est l'opinion de Jean Favre qui ajoute que c'est particulièrement dans ces deux occasions que les hommes ont d'ordinaire le plus de facilité de confesser qu'ils ont reçu ce qui ne leur a pas été payé : « *propter affectiones quas habent ad pecunias et uxores.* (Joan. Faber, Inst., *De litt. obl.*).

Mais, à partir de Justinien, l'exception *non numeratæ pecuniæ* prit une extension considérable et vraiment injustifiable. Nous en avons la preuve dans une constitution de Justinien (L. 14, C., *De non num. pec.*). — Quelle est au juste la portée de cette constitution ? Un fait certain, c'est qu'à dater de cette constitution l'exception *non numeratæ pecuniæ*, d'abord applicable exclusivement aux prêts d'argent, fut étendue aux prêts de toute espèce : « ... *non numeratæ pecuniæ exceptionem objicere possit* qui accepisse pecunias *vel alias res* scriptus sit, vel successor ejus... »

Ce ne fut pas tout. Tandis qu'auparavant l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne compétait qu'au débiteur, nous voyons dans la constitution de Justinien que le créancier qui n'avait délivré qu'une quittance partielle ou qui, ayant donné quittance du tout, était resté nanti du titre, fut admis à mettre la preuve du paiement à la charge du débiteur : « ... super cæteris vero securitatibus, quæ super privatis debitis a creditore conscri-

buntur, *partem debiti sortis, vel usurarum nomine solutam esse* significantes, vel adhuc *fœneratitia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam* esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti fœneratitii promittentes, vel si qua alterius cujuscumque contractus gratia in quo numeratio pecuniarum, vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias, vel alias res, vel partem earum significantes..... *exceptionem non numeratæ pecuniæ posse objici.* »

Ainsi la quittance (*securitas*, *apocha*), signée et délivrée par le créancier, faisait aussi peu foi en faveur du débiteur qui la produisait, que la reconnaissance de la dette par le débiteur (*cautio*), en faveur du créancier. Il y a là une étrange exagération d'une assimilation qui s'était opérée dans la législation romaine entre les actes de libération et les actes d'obligations.

On sait qu'à l'origine, les mêmes modes qui servaient à créer l'obligation devaient aussi servir à les éteindre. Le mode naturellement approprié au contrat verbal de stipulation, était un mode verbal de libération, l'*acceptilation*. Ce mode d'extinction de l'obligation participait de la nature juridique de la stipulation ; comme elle, il était solennel et était compris tout entier dans ses solennités, se suffisant ainsi à lui-même et étant indépendant de toute cause naturelle, de tout rapport de droit préexistant qui aurait pu expliquer l'extinction

de l'obligation en la justifiant. Aussi l'acceptilation devint-elle d'un emploi général : « Elle était avantageuse même pour le débiteur qui avait payé, car elle le dispensait de prouver le paiement ; elle était tout aussi utile au débiteur libéré pour consacrer sa libération, que la stipulation était utile au créancier pour consolider sa créance. » (Gide, p. 42).

Mais le secours que le Préteur accorda au promettant pour lui permettre d'établir que son obligation n'avait pas de cause fut étendu, en faveur du créancier, à l'*acceptilation ;* l'*acceptilatio sine causa* fut traitée exactement comme la *stipulatio sine causa* ; elle put être répétée par la *condictio*, mais elle n'en produisait pas moins d'abord tout son effet.

Ce n'est pas tout. Une évolution analogue à celle que nous avons vu s'opérer dans la *stipulation*, se montre aussi dans l'*acceptilation*. Celle-ci se transforma dans l'intervalle qui sépare le règne de Dioclétien de celui de Justinien. L'emploi de plus en plus général de l'écriture, la suppression des formules, firent substituer à l'*acceptilation* du Droit civil, l'usage d'une simple quittance (*apocha*). Aussi le titre *De acceptilationibus* au code, ne contient-il aucune constitution d'empereurs postérieurs à Dioclétien et ne trouvons-nous dans les autres titres qu'un très petit nombre d'exemples d'acceptilation. Mais l'*apocha* ne constitua jamais (de même que la *cautio* pour l'obligation) qu'un moyen de preuve plus simple de la libération. L'*apocha*,

nous le voyons, fut frappée par Justinien de la même inefficacité dont avait été frappée auparavant la *cautio*; elle perdit toute sa force probante. Mais ce qui s'explique jusqu'à un certain point, pour le billet, par l'état de dépendance dans lequel un futur débiteur, pressé par le besoin, peut se trouver à l'égard de son futur créancier, ne se comprend plus quand il s'agit d'une quittance délivrée par le créancier. Justinien excepte de la disposition qui précède les quittances délivrées par des fonctionnaires publics; celles-ci font foi entière du paiement qui y est relaté parce qu'elles constituent des actes publics. Il en est de même de la quittance émanant du mari et portant que la dot a été livrée lorsque cette quittance est faite postérieurement à la confection de l'*instrumentum dotale*. « Ideoque sancimus securitatibus publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte soluta esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quæ post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte, vel in solidum exponuntur, *nullam exceptionem non* numeratæ pecuniæ penitus opponi. » (L. 14, § 1, H. T.).

Mais avons-nous épuisé tous les cas dans lesquels l'*exception non numeratæ pecuniæ* pouvait trouver son application à l'époque de Justinien? C'est un point au moins douteux. Suivant Cujas cette exception s'appliquait d'une manière générale, dans tous les contrats qui se consommaient par la tradition, sauf les rares exceptions expressément déterminées par

Justinien : « Nam *lex 14*, *hoc tit*, significat eam exceptionem locum habere in *omnibus contractibus qui re contrahantur.* » (Cujas, t. IX, sur le tit. *De non num. pec.*)

Quoi qu'il en soit, Justinien soustrait formellement à l'application de l'exception *non numeratæ pecuniæ* les écrits constatant des dépôts soit de sommes d'argent, soit de toutes autres choses : « Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum, vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, justum esse perpeximus, hujus modi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare... Ideo que sancimus instrumento quidem depositionis certarum rerum, vel certæ pecuniæ..... *nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.* » (L. 14, § 1, *H. T.*)

Cujas, après avoir dit que cette règle s'explique par une pensée de faveur pour le dépôt, semblable à celle qui fit refuser le droit d'opposer la compensation, la déduction et le droit de rétention en matière de dépôt, ajoute que cette règle, n'ayant été établie que pour que la restitution du dépôt ne fut pas entravée, elle n'a plus de raison d'être quand il s'agit d'une *apocha* portant reconnaissance de la restitution du dépôt, que, par suite, le déposant pourra opposer l'*exception non redditi depositi* pour contester la sincérité de la quittance qu'il a délivrée *spe futuræ redditionis*, en rejetant la preuve de la restitution sur le dépositaire.

Accurse est d'un avis contraire et nous croyons que ce dernier auteur a raison. Le principal motif, selon nous, de l'exception faite à l'égard du dépôt, c'est qu'il serait par trop étrange d'étendre à ce cas, les règles anormales de l'*exception non numeratæ pecuniæ*. Il est vrai de dire que Justinien ne s'est pas toujours laissé toucher par cette considération.

Dans tous les cas dans lesquels l'*exception non numeratæ pecuniæ* n'est pas donnée, le défendeur ne peut déférer le serment à son adversaire : « Illo videlicet (semper) observando : ut, in quibus non permittitur *exceptionem non numeratæ pecuniæ* opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum : in his *nec jusjurandum offerre liceat.* » (L. 14, H. T.)

Cette règle souffre cependant une exception : Postérieurement à sa constitution, Justinien, dans la *Novelle* 136 (*De argent. contract.*, par. Ulp.,) a édicté que quand des écritures de banquiers, exprimant la cause de la dette, ont été signées par le débiteur, celui-ci ne peut opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* et que ces écrits font la même foi que les actes publics, sauf le droit qu'a, pendant deux ans, le débiteur, de déférer le serment au demandeur.

Enfin par sa *Novelle* 28, Justinien dispose que celui qui, faussement, désavoue son écriture et nie avoir reçu la somme portée dans son billet, doit être condamné au double envers le demandeur qui prouve qu'il a effectivement remis la somme, à moins que le

serment lui étant déféré, il ne reconnaisse la sincérité de l'obligation ; dans ce cas, il n'est condamné qu'à payer les dépenses que les preuves qui ont été fournies ont exigées, lesquelles dépenses doivent être fixées par le serment du demandeur. Mais si, après avoir nié que la somme lui ait été comptée, le débiteur convient ensuite du contraire, en prétendant l'avoir rendue, il doit être forcé à en faire le paiement sans avoir égard à celui qu'il prétend avoir déjà fait. Il en est de même du demandeur, lorsqu'il désavoue des écrits de sa main que son adversaire lui oppose : il doit être soumis à la même peine et au même serment. Ces dispositions sont aussi applicables au procureur qui conteste les écrits émanés de lui dans la cause de celui dont il fait les affaires. Si c'est un tuteur qui a nié faussement au nom de son pupille, il subira lui-même la peine et non son pupille (*chap.* 8 et 9.)

SECTION IV

Par qui et contre qui l'exception non numeratæ pecuniæ peut-elle être invoquée ?

L'exception *non numeratæ pecuniæ* est une exception *in rem* ; elle peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt. Le fidéjusseur et le *mandator credendæ pecuniæ* peuvent s'en prévaloir au même titre que le

débiteur principal : « Tam mandatori quam fidejussori *non numeratæ pecuniæ exceptio* exemplo rei principalis competit. » (L. 12, *H. T.*).

Elle appartient également tant aux héritiers du débiteur que contre les héritiers du créancier : « Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit nulla querimonia usus defunctus est : residuum tempus ejus heres habebit tam adversus creditorem, quam adversus ejus heredem. » (L. 8, H. T.)

Mais l'exception *non numeratæ pecuniæ* n'appartient pas à l'expromissor : « Frustra opinaris *exceptione non numeratæ pecuniæ* quando (ut fateris) in ejus vicem qui erat obligatus, substitueris te debitorem ». (L. 6, H. T.) Il s'agit évidemment ici de l'exception compétant au déléguant et dont l'expromissor voudrait se prévaloir du chef du déléguant. Or, si générale que semble la solution contenue dans le texte que nous venons de citer, nous croyons qu'il y a lieu de distinguer entre le cas où l'*expromissor* s'est engagé pour son créancier et celui où il se serait obligé pour une personne à laquelle il ne devait rien. Dans le premier cas, il n'aura pas plus le droit d'invoquer l'exception *non numeratæ pecuniæ* qu'il n'aurait le droit d'intenter *la condictio indebiti* s'il avait payé au délégataire. Dans le second cas, au contraire, il doit être assimilé au fidéjusseur et au *mandator credendæ pecuniæ* et avoir le droit de se prévaloir, comme eux, de l'exception *non numeratæ pecuniæ* du chef de celui pour lequel il

s'est porté *expromissor*. (V. Cujas, t. IX, *De non num. pec.*, add., L. 8, § 3, D., Ad. Sc. Vell.) L'exception *non numeratæ pecuniæ*, n'étant pas exclusivement attachée à la personne du débiteur qui y a droit, peut être invoquée de son chef par ses créanciers, mais ce qui est jugé contre eux ne l'est plus contre le débiteur, qui n'en conserve pas moins le droit d'opposer lui-même l'exception. C'est ce que nous dit Justinien : « Si cui *non numeratæ pecuniæ* competere possit *exceptio* : etiam eo supersedente tali auxilio uti, vel præsente, vel absente, creditores ejus (sive ipsi conveniantur, ut pote res ejus detinentes ab his, qui debita ejus exigunt, cui competit hujus modi exceptio, vel dotis, vel alteruis causæ nomine : sive contra alios possidentes aliquam actionem ipsi moveant) (possint) in examinando negotio suis adversariis eaudem non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere : nec eo prohibeantur, quod principalis debitor ea nunquam usus sit : ita tamen, ut neque principali debitori, neque fidejussori ejus aliquod præjudicium generetur, si is qui eam exceptionem opposuerit, victus fuerit : sed possint illi postea si conveniantur, intra statuta scilicet tempora, eadem se exceptione tueri. » (L. 8, *H. T*).

SECTION V

Des causes d'extinction de l'exception non numeratœ pecuniaœ

L'exception *non numeratœ pecuniœ* était à l'origine perpétuelle. Mais les empereurs du III[e] siècle, pénétrés des dangers de l'importante dérogation au droit commun que constituait la modification apportée par eux aux effets de l'exception *non numeratœ pecuniœ*, limitèrent à un certain délai l'efficacité de cette exception. Les textes du Code de Justinien nous disent que ce délai était de cinq ans ; mais il est très probable qu'il fut primitivement d'un an et que c'est Dioclétien qui le porta à cinq ans ; cela résulte d'une constitution insérée au Code Hermogénien (L. I, tit. I, *De dot. caut. et non numer*. — Accarias, t. II, n° 582, note de la page 390). Justinien réduisit le délai à deux ans : « Ne creditores duitius possint suis pecuniis forsitan defraudari per constitutionem nostram tempus coarctatum est ut ultra biennii metas hujus modi exceptio minime extendatur. » (*Inst. De litt. oblig.*, pr. — Add. L. 14, pr. *H. T.*)

On a soutenu que nul délai n'était fixé pour l'exercice de la *condictio sine causa,* parce que cette *condictio* ne mettait pas, comme l'exception, la preuve de la

cause de l'obligation à la charge du créancier, lorsque cette cause était relatée dans le billet (Cujas, *Comment.* t. IX, col. 327, B. — Add. Brissaud, 1re partie, p. 202).

Mais nous avons vu qu'il n'y avait, quant à la preuve, aucune différence entre la *condictio* et l'exception ; et il résulte très clairement des textes que l'expiration du délai de cinq ou de deux ans, fait perdre au débiteur tout à la fois la *condictio* et l'exception : « ut, eo elapso, *nullo modo* querela non numeratæ pecuniæ introduci possit, » dit Justinien (L. 14, pr., *de non num. pec.* — Add. L. 4, C., *De cond ex lege.* — V. Savigny, *Traité de droit romain*, t. V, ch. IV, § CCLIII, traduction Guenoux). Ainsi après l'expiration du délai de cinq ans ou de deux ans, le débiteur ne peut invoquer ni la *condictio*, ni l'exception. Il est déchu de ces deux moyens.

Devons-nous voir là un cas de prescription appliquée à une exception ? Des auteurs l'ont pensé et ont invoqué précisément cet exemple à l'appui de l'opinion suivant laquelle les exceptions étaient prescriptibles comme les actions. Savigny repousse avec raison cette doctrine : « On fait figurer mal à propos, dit-il, dans notre question l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Lorsqu'un prêt est constaté par un acte écrit, pendant deux ans (autrefois pendant cinq ans) cet acte ne peut être invoqué comme preuve. Voilà ce que l'on appelle la prescription de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*.

L'on croit ainsi avoir établi, du moins pour une exception, l'existence de la prescription, et l'on en conclut qu'elle peut s'appliquer à d'autres exceptions. Or ce délai, qui du reste n'est jamais, dans les sources, mis sur la même ligne que la prescription des actions, se rapporte non à l'exception considérée comme telle, mais uniquement à cette règle spéciale sur l'usage des preuves par écrit. En voici une double preuve : Supposons qu'en pareil cas il n'y ait pas eu d'acte écrit, et que l'on agisse en vertu de la stipulation jointe au prétendu prêt ; le défendeur pouvait également opposer la *doli exceptio* ; mais alors il ne serait pas question de délai, car la règle spéciale sur les preuves n'aurait pas d'application. Supposons, au contraire, qu'il y ait eu un acte écrit ; cette règle spéciale s'appliquerait également à l'exception et à l'action et le délai serait toujours le même (L. 14, § 4 ; L. 8, 9, C., *De non num. pec.*) L'action serait alors la *condictio sine causa*, ou *ob causam datorum* ; et si l'on voulait regarder ce délai comme une prescription, il faudrait dire que les *condictions* furent de très bonne heure envisagées comme *temporales actiones* ; et cependant nous savons d'une manière certaine que jusqu'à l'an 424, les condictions étaient *perpetuæ*. De là, il résulte que le délai dont je parle se rapporte à cette règle spéciale sur la preuve non aux principes généraux sur la prescription des moyens de droit, et qu'ainsi elle a plus d'affinité avec les délais de procédure qu'avec la prescription. »

(Savigny, *Droit romain*, t. V, chap. IV, § CCLIII, nº 445, traduction Guenoux).

Avant Justinien le délai courait tant contre les mineurs que contre les majeurs; seulement, les premiers pouvaient après coup se faire restituer contre les conséquences de leur inaction. Justinien dérogea avec raison à cette règle et étendit cette dérogation à tous les cas analogues : « Sancimus favore imperfectæ ætatis exceptionem *non numeratæ pecuniæ* ab initio minoribus non currere, ne dùm in integrum restitutionem expectamus, vel aliquod emergat obstaculum, per quod hujus modi beneficio minor ut non possit, vel substantia ejus subvertatur; sed humaniùs est, latius eamdem legis interpretationem extendere in omnibus casibus in quibus vetera jura currere, quidem temporales præscriptiones adversùs minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere; melius etenim intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quærere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus ». (L. 5, C., *In quib. caus. in int. rest.*).

Justinien introduisit dans notre matière une autre innovation, celle-là très heureuse; il accorda au débiteur un moyen de rendre son exception et sa *condictio* perpétuelles. Le débiteur n'avait pour cela qu'à adresser une protestation écrite soit au créancier, soit à certaines autorités; c'est ce qu'on entend spécialement

par la *querela non numeratæ pecuniæ*; cette expression désigne aussi, dans un sens large, l'ensemble des moyens accordés au débiteur et comprend tout à la fois, l'exception, la *condictio* et la *querela* proprement dite; c'est dans ce sens large qu'est employée l'expression dans les lois 4, 10, 14, pr. (*De non num. pec.*). Justinien nous indique la nature de ce nouveau moyen et détaille la procédure à suivre pour l'exercer: « In omni vero tempore, quod memoratæ exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel denunciationibus scripto missis querelam *non numeratæ pecuniæ* manifestare ei qui numerasse eam, vel alias res dedisse instrumento scriptus est: vel si abesse eum his locis, in quibus contractus factus est, contigerit, in hoc quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium judicem, in provinciis vero apud viros clarissimos rectores earum, vel defensores locorum eamdem querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. Sed si præsens quidem sit, qui pecunias numerasse, vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem in hac alma Urbe, vel in provinciis gerat, ut difficile esse videatur, denunciationem ei mittere: licentiam damus ei, qui memorata exceptione uti velit alios judices adire vel in hac alma Urbe, vel in provinciis et per eos manifestare, cui exceptionem hujus modi objicit, factam a se *super non numerata pecunia querelam* esse. Quod si in provinciis non sit alius administrator civilis vel militaris,

vel propter aliquam causam difficile ei qui memoratam querelam opposuit, adire eum et ea quæ dicta sunt, facere : licentiam ei damus per virum reverendissimum Episcopum eamdem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrumpere. Quæ etiam in exceptione non numeratæ dotis locum habere certum est. » (L. 14, § 4, *H. T.)* Par ce moyen le débiteur avait pleine sécurité sans être forcé à prendre l'initiative d'une poursuite peut-être inutile, eu égard à la bonne foi du créancier.

Supposons maintenant que le délai soit écoulé : le promettant n'a pas été poursuivi et n'a pas été à même d'opposer l'exception il n'a pas non plus pris l'offensive en intentant la *condictio* ou la *querela* ; que va-t-il en advenir ? Il semblerait que l'expiration du délai légal ne dût avoir d'autre effet que d'enlever au défendeur le bénéfice résultant pour lui de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* et de le faire rentrer dans le droit commun. Or nous savons que si, d'après les principes du droit commun, le billet causé fait preuve complète au profit du demandeur, cette preuve n'est pas définitive et qu'elle peut être combattue par la preuve contraire. (L. 25, p. 4, D., *De Prob.* ; — L. 13, C., *H. T.*). — En est-il ainsi dans notre hypothèse ? Non, et là encore nous rencontrons une nouvelle dérogation au droit commun. Le débiteur qui a laissé passer sans agir le délai légal est déchu du droit de faire tomber la preuve résultant du billet : « Sin vero legitimum tempus exces-

sit, in querimoniam creditore minime deducto *omnimodo* heres ejus, etiam si pupillus sit, *debitum solvere compellitur* » (L. 8, C., *H. T.*) — « *nullo modo queri potest* » et plus loin « *nec jusjurandum offerre liceat* » nous dit Justinien (L. 14, pr. et § 3, *H. T.*).

Avant l'expiration des délais, il y avait au profit de l'emprunteur présomption de non numération ; après l'expiration des délais, il s'établit en faveur du créancier une présomption contraire de numération laquelle est irréfragable *(juris et de jure)*. Il est donc bien vrai de dire que tout est anormal dans cette matière de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, telle qu'elle nous apparaît dans cette période de la législation romaine.

Il faut convenir cependant que cette dernière dérogation se justifie pleinement. Le débiteur pouvait pendant un délai assez long soit intenter une *condictio*, soit seulement protester contre son engagement (*querela*) ; il ne l'a pas fait ; il a été négligent, il subit la peine de sa négligence. Son silence d'ailleurs, dit Paul Gide : « est comme un second aveu qui vient s'ajouter à celui qui résultait déjà de l'écrit lui-même et ces deux aveux en se confirmant l'un l'autre, forment une preuve irréfragable. » (Gide, p. 125 ; — V. aussi Demangeat, t. II, p. 295 ; — Accarias, t. II, nº 582.)

Quelques auteurs, ceux-là mêmes qui, comme nous l'avons vu précédemment, ont voulu trouver dans les *chirographa* et les *syngraphæ* des pérégrins dont parle Gaïus, un contrat *litteris* d'un genre nouveau, ont sou-

tenu que le débiteur, qui laissait passer les délais sans agir, se trouvait dès lors tenu *litteris* en vertu du billet qu'il avait signé. Ils s'appuient sur ce passage des *Institutes* : « *sic fit ut hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur.* » (*Inst.*, L. III, tit. XXI.)

Il y aurait dans ce système une sorte de novation opérée sans qu'il soit intervenu aucun concours de volonté ; nous nous trouverions donc en présence de ce phénomène étrange d'un contrat qui se forme sans consentement. Cette seule observation nous semble suffire pour faire condamner ce système.

Nous avons dit d'ailleurs ce qu'il fallait penser de la doctrine qui voit, dans les *cautiones*, des contrats *litteris* empruntés par les Romains aux pérégrins ; nous avons montré combien c'est à tort qu'on a cru pouvoir fonder cette doctrine sur l'autorité de Gaïus.

Le caractère irréfragable de la preuve résultant de la *cautio* après l'expiration du délai, n'est, nous le répétons, que la conséquence de cette forte présomption de vérité qui s'attache au double aveu émané de l'emprunteur et résultant, de la *cautio* d'abord, de son silence pendant deux ans en second lieu.

Il nous reste à expliquer les expressions de Justinien et la place qu'il donne dans ses *Institutes* au cas qui nous occupe. Cette explication, Paul Gide nous paraît l'avoir très exactement donnée : « Si les rédacteurs des *Institutes* ont établi entre ces deux actes un rapprochement forcé, c'est qu'ils ont voulu dans un ouvrage

élémentaire, conserver fidèlement la méthode et les classifications des anciens jurisconsultes classiques. Or, en matière d'obligations les divisions et subdivisions par quatre étaient traditionnelles dans l'école : on distinguait quatre sources d'obligations, quatre formes de contrat, quatre contrats *re*, quatre contrats *consensu*, quatre délits. Pour reproduire dans son œuvre cette classification consacrée, qu'a fait le législateur bysantin? Il a fait comme l'architecte qui, pour donner à sa façade une apparence de régularité, y dessinerait une fausse porte ou une fausse fenêtre ; *son contrat litteris est un contrat postiche qui ne figure que pour la symétrie.* » (Gide, pp. 227, 228.) M. Accarias dit aussi que : « *Ce prétendu contrat litteris de Justinien n'est qu'un hommage puéril à l'ancienne classification.* La pratique de son temps ne lui offrait que trois sortes de contrats, mais pour suivre Gaïus, il lui en fallait quatre, l'imagination de Tribonien lui a fourni la quatrième. » (Accarias, n° 582, *in fine*, t. II.)

Ajoutons qu'on peut dire jusqu'à un certain point que, le délai légal expiré, la *cautio* ou le *chirographum* constitue une obligation littérale, en ce sens, que le signataire doit être condamné sur la seule production de l'écrit sans qu'il puisse écarter la preuve en résultant. C'est peut être ainsi que Justinien comprit la chose et c'est par ce motif qu'il fit figurer à la place de l'ancienne obligation littérale, cette nouvelle institution d'une origine tout à fait différente.

Ce délai de cinq ans ou de deux ans ne s'appliquait qu'à l'exception *non numeratæ pecuniæ* proprement dite, celle qui était opposée à la *cautio* causée pour prêt.

Quant à l'exception *non numeratæ dotis*, le délai pendant lequel on pouvait l'opposer fut d'abord d'un an, à partir de la dissolution du mariage : « Ita tamen ut intra annum tantum constitutem a morte mariti ; vel mulieris, vel missione repudii computandum, ea licencia detur. » (L. 3, C., *De dot. caut. et non num.*).

Postérieurement à la promulgation de son code, Justinien réduisit le délai à trois mois pour le cas où le mariage aurait duré plus de deux ans et la supprima tout à fait, lorsqu'il se serait prolongé au delà de dix ans (*Nov.* 100, cap. 2, insérée au code, *De dot. caut. et non num.*).

Quant à l'exception *non salutæ pecuniæ* que le créancier pouvait opposer aux quittances signées de lui, Justinien limite cette faveur exorbitante à un délai de trente jours. (L. 14, § 3, *De non num. pec.*).

Nous avons dit que l'extinction, par l'effet du temps, de l'exception *non numeratæ pecuniæ* est fondée en réalité sur l'aveu tacite que fait le débiteur de la sincérité de la *cautio*. C'est dire qu'il en sera de même toutes les fois qu'il résultera nécessairement des circonstances que le débiteur a entendu faire cet aveu. Par exemple, s'il a payé en tout ou en partie le capital ou les intérêts sans réserves : « *Cum fidem cautionis*

agnoscens, etiam solutionem portionis debiti, vel usurarum feceris : intelligis te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre. » (L. 4, C., *H. T.*) — ou si le débiteur a demandé un délai. De même : « si transactionis causa dare Palladio pecuniam stipulanti spopondisti : *exceptione non numeratæ* defeudi non potes. » (L. 11, H. T.).

CONCLUSION

Un coup d'œil rétrospectif sur les développements qui précèdent nous présente le spectacle d'une longue lutte entre le créancier et le débiteur : le premier tendant à renforcer de plus en plus son droit, à le rendre aussi facile à prouver, aussi inattaquable que possible ; le second s'efforçant, avec le secours du législateur, de se soustraire aux rigueurs du droit strict, d'échapper à la fois aux conséquences de son imprudence et de la mauvaise foi de son créancier. C'est ainsi que nous avons vu tout d'abord le créancier, en vertu du contrat de *mutuum* simple, obligé de prouver le principe même de son droit : la numération et le transfert de la propriété des deniers. Mais cette preuve pouvait être difficile et le créancier devait tenter de s'en décharger ; aussi avons-nous vu que de très bonne heure il prit l'habitude de stipuler, de son débiteur, la somme prêtée ; dès lors il ne lui restait plus qu'une preuve, beaucoup plus simple à faire, celle de la stipulation ; cette preuve se fit, à l'origine par témoins et plus tard par les *cautionnes* quand ces sortes d'écrits vinrent à se

généraliser. Souvent aussi le créancier avait recours au contrat *litteris (transcriptio obligationis).* — Nous savons quel était l'effet de cette conversion du *mutuum* en stipulation ou en contrat *litteris*; le contrat originaire disparaissait entièrement, l'élément vraiment générateur de l'obligation, la dation, était dès lors sans importance, le créancier n'avait plus à prouver le prêt. Mais il pouvait arriver et il arrivait souvent que la stipulation ou la *transcriptio* avait été faite en vue d'un prêt futur qui n'était pas réalisé ; le débiteur, qui n'avait rien reçu, n'en était pas moins tenu de la façon la plus stricte en vertu de la stipulation ou du contrat *litteris* il n'avait même pas la ressource de pouvoir établir qu'il n'avait rien reçu.

C'est alors que le Préteur vint au secours du débiteur par l'exception *doli mali* et la *condictio sine causa.* Le débiteur n'acquérait tout d'abord par ces moyens que le droit de prouver qu'il n'avait pas reçu la somme qu'on lui réclamait. On aperçoit l'anomalie ; au lieu que ce fut au créancier à prouver qu'il avait prêté, c'était au débiteur à établir qu'on ne lui avait rien prêté.

Plus tard, dès l'époque de Paul, comme nous avons essayé de l'établir, la notion de la cause, telle que nous l'entendons aujourd'hui, s'étant dégagée avec netteté, on comprit que le créancier n'avait pas établi son droit tant qu'il n'avait pas prouvé la réalisation du prêt ; dès lors la charge de la preuve de la numération fut rejetée sur le créancier.

Mais ce dernier avait un moyen bien simple de déjouer les précautions du législateur c'était de faire constater la numération par le débiteur dans la *cautio*. La situation du débiteur restait ainsi la même.

Cependant les fraudes nombreuses qui se commettaient au préjudice de débiteurs dans le besoin, rendaient urgente une nouvelle intervention du législateur. C'est alors que l'exception *non numeratæ pecuniæ* qui était parvenue de bonne heure à se dégager de l'exception de dol dans laquelle elle avait été confondue tout d'abord, revêt le caractère principal et essentiel que nous lui avons reconnu. Désormais le créancier, même nanti d'une *cautio* causée pour prêt, doit prouver par d'autres moyens que par la *cautio* qu'il a effectivement compté les deniers.

Nous avons essayé d'exposer, dans ses origines et dans ses différentes phases une curieuse institution juridique des Romains. Il ne faudrait pas croire cependant qu'en étudiant l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, nous nous soyons occupé d'une institution purement archéologique. Elle n'a pas complètement péri avec le Droit romain. S'il est vrai qu'une des maximes de notre Droit coutumier était qu'« exception d'argent non nombré n'a point de lieu en France » (Loysel, *Inst. coutum.*, liv. V, titre II, règle 6), il n'est cependant pas certain que cette exception n'ait pas été acceptée dans la première période ; Beaumanoir disait que la lettre est « *souspechonneuse cose de malice* » (ch. XXXVI, nº 22).

Quoi qu'il en soit, un décret du 17 mars 1808, rendu pour dix ans et non renouvelé, établit dans son article 4 l'exception *non numeratæ pecuniæ* contre les juifs (Voir Dalloz, *Rep.* t. 29, *Juifs*, nos 11 et suiv. et Aubry et Rau, t. I, § 35, note 5, pour divers arrêts intervenus sur l'application de ce décret).

Enfin cette exception est encore en vigueur en Espagne (Ballot, *Aperçu hist. et théor. de la lég. civ. esp.*, *Revue Fœlix*, 1847, p. 818; — Ernest Lehr., *Elém. de Dr. civ. esp.*, p. 853); et naguère encore elle l'était également dans l'Amérique du Sud (Amyot, dans l'ouvrage d'Anth. de Saint-Joseph, n° 19, t. II, p. 28).

DROIT FRANÇAIS

DE L'INTERPOSITION DE PERSONNES

DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

Le Code est à peu près muet sur la question que nous nous proposons d'étudier. Trois articles seulement (911, 1099, 1100), se bornent à poser le principe de la nullité des libéralités faites par personnes interposées en fraude de la loi et à établir, dans certains cas, une présomption d'interposition. C'est tout. Aussi verrons-nous que ce sujet est peut-être un de ceux de notre législation civile qui présente le plus de difficultés et de complications ; difficultés et complications tant en ce qui concerne la détermination exacte des principes, qu'en ce qui concerne l'application de ces principes dans les hypothèses infiniment multiples et variées, que fait chaque jour surgir la pratique avec une prodigieuse fécondité. Il suffit de jeter les yeux sur nos recueils de jurisprudence pour reconnaître qu'il y a dans les libé-

ralités faites par personnes interposées, une source intarrisable de discussions et de procès.

Le plus souvent déguisée, l'interposition de personnes ne constitue cependant pas toujours une simulation. Elle peut se présenter ostensiblement et n'est alors qu'un moyen simplement indirect de disposer à titre gratuit.

Mais dans les hypothèses les plus nombreuses (qui sont aussi les plus importantes et les plus intéressantes que nous ayons à étudier), où l'interposition de personnes constitue un déguisement, nous aurons à nous demander à quels signes, à quels caractères on la reconnaîtra ; puis, quand elle sera découverte et constatée, quel en doit être l'effet tant en elle-même que relativement à la disposition principale qu'elle dissimule ?

C'est que l'interposition de personnes, même déguisée, n'est pas nécessairement et par elle-même un acte illicite. Si elle n'est trop souvent employée que comme un moyen de faire fraude à la loi, elle peut ainsi n'avoir pour but que de soustraire un acte parfaitement licite à la curiosité de tiers qui y sont étrangers. Aussi la jurisprudence et la doctrine reconnaissent-elles des interpositions valables. La seule difficulté consiste à déterminer à quelles conditions une interposition sera permise ; question d'interprétation dont la solution dépend de la détermination préalable des principes du Droit en cette matière.

Avant d'aborder dans le détail la théorie générale, et

aussi complète que possible, que nous voulons présenter sur les libéralités par personnes interposées, indiquons rapidement la méthode que nous avons cru devoir suivre dans ce travail :

Nous rechercherons d'abord en quoi consiste l'interposition de personnes.

Puis nous essaierons de déterminer l'étendue d'application de l'article 911. A ce point se rattache l'importante question des fondations. Nous étudierons ensuite le principe de la nullité des libéralités faites par personnes interposées en fraude de la loi.

Enfin nous aurons à nous demander si une interposition déguisée est valable et à quelles conditions elle l'est.

Tel est le cadre que nous nous sommes tracé et que nous allons essayer de remplir.

CHAPITRE PREMIER

En quoi consiste l'interposition de personnes.

Faire une libéralité par personne interposée c'est se servir de l'intermédiaire d'une personne pour faire parvenir la libéralité à une autre personne.

La libéralité par personne interposée est donc essentiellement une disposition indirecte.

Quand l'interposition n'est pas déguisée, qu'elle est un moyen simplement indirect de disposer de ces biens à titre gratuit, elle n'est autre chose que le fidéicommis exprès. Le législateur ne s'est servi nulle part de cette expression de fidéicommis, mais elle est très fréquemment employée en doctrine et en jurisprudence pour exprimer l'une des formes les plus usuelles de l'interposition.

D'ailleurs, si le mot de fidéicommis n'est pas écrit dans le Code, les dispositions faites par donations entre-vifs ou par testament qui ont un caractère fidéicommissaire sont prévues et réglées par les articles 896 et 911.

Nous croyons donc utile de rappeler très brièvement la nature, les origines et les différentes phases de cette institution d'origine romaine.

On sait ce qu'était à l'origine le fidéicommis. Le mot porte sa définition en lui-même : *fideicommissum* signifie ce qui est commis, confié à la foi, à l'honneur, à la fidélité d'une personne. Par le fidéicommis, le testateur romain priait celui qu'il instituait son héritier de restituer tout ou partie des biens compris dans l'hérédité à une personne déterminée. Le fidéicommis était dit universel, lorsque la prière de rendre comprenait l'hérédité entière ou une quote-part de l'hérédité ; il était particulier lorsque l'héritier n'était prié de restituer que certains biens spécialement indiqués. Gaïus cite expressément l'incapacité des pérégrins comme le motif historique de l'introduction des fidéicommis particuliers (Gaïus II, 285) «... *et fere hæc fuit origo fideicommissorum.* »

Et les premiers cas de fidéicommis universels qui nous soient rapportés eurent leur cause dans les restrictions apportées par la loi Voconia à la capacité de succéder des femmes. (Voir Cic. *De finib.*, II, 17 et 18.) Puis les lois Julia et Pappia Poppea donnèrent naissance à des fidéicommis au profit de personnes sans enfants ou non mariées. Ces voies détournées par lesquelles on tendait à un résultat prohibé par la loi furent d'abord suivies franchement et au grand jour ; les fidéicommis étaient insérés dans le testament. Mais la loi refusait de les reconnaître, ils étaient considérés comme non écrits. Dans sa formule même d'ailleurs le fidéicommis ne constituait pas une véritable charge imposée à l'héritier ; ce n'était qu'une simple recommandation,

l'expression d'un vœu, d'un désir ; une prière adressée par le testateur à l'héritier : *quod precativis verbis relinquitur*. Le testateur savait bien que l'incapable n'aurait point d'action pour se faire rendre les biens ; mais il s'en rapportait à la foi de celui qu'il nommait pour son successeur, *Ejus fidei committebat*.

Cependant quoique le Droit civil refusât de reconnaître les fidéicommis, ceux-ci ne tardèrent pas dans la pratique à se multiplier et furent généralement scrupuleusement exécutés. L'opinion publique flétrissait d'ailleurs ceux qui, sacrifiant le devoir au gain, s'appropriait les choses qu'ils n'avaient reçu qu'à charge de restitution (Cic. *De fin.* II, 17-2 *act. in verr.*).

Aussi dès l'époque d'Auguste, le fidéicommis fut enfin reconnu *quia populare erat*. Auguste se borna d'abord à faire exécuter, par l'intermédiaire des consuls, certains fidéicommis qui lui parurent particulièrement dignes de faveur. Plus tard il généralisa cette inovation et créa un *prætor fideicommissarius* spécialement chargé de régler les difficultés relatives à ce genre de dispositions.

Mais une fois entré dans la loi, le fidéicommis fut réglementé. Il reçut des modifications successives de Vespasien, Adrien et autres, Justinien considérant le fidéicommis, institution très légitime, comme plus complet que le legs et mieux approprié à l'expression et à l'exécution de la volonté du testateur, jugea utile de le fondre presqu'entièrement avec le legs, en étendant à ce dernier la manière si simple et si commode des libé-

ralités fidéicommissaires : *necessarium esse duximus omnia legata fideicommisa exsequare ut nulla sit inter eos differentia* (*Inst.* L. XI, tit. XX, § 3, *De legatis*).

Cependant des différences continuèrent à subsister entre le legs et le fidéicommis. Signalons entr'autres la suivante : tandis que dans le legs la propriété passait directement du testateur au légataire, aucune loi ne dit formellement que le fidéicommissaire tiendra directement la propriété du testateur et non de l'héritier ou du légataire grevé de restitution.

Disons en terminant, que le fidéicommis prit à la fin un caractère particulier qui donna naissance à une institution qui occupe une grande place dans l'histoire du Droit, nous voulons parler des fidéicommis graduels et des substitutions qui en sortirent. Peu à peu l'usage se répandit à Rome de grever le premier fidéicommissaire de la charge de rendre les biens qu'il avait reçus par l'intermédiaire de l'institué, à un second fidéicommis saire, mais cette charge ne devait alors être exécutée qu'à la mort du premier fidéicommissaire, le second pouvait aussi être grevé de la même charge envers un troisième et ainsi de suite. (D., *De fideic. hereditatibus*, 2-23 ; — Gaïus, II, 260). C'est ce qu'on appelle le fidéicommis graduel. Une application très intéressante de ces fidéicommis était celle qui se faisait au profit d'une famille, soit de la famille du testateur, soit d'une autre famille. — Tantôt limités (Just. *Novelle* 159, c. 1), tantôt illimités quand au nombre de degré que pouvait embrasser

la charge de rendre les fidéicommis graduels, subsistèrent dans tout le cours du Droit romain et passèrent dans notre ancien Droit sous le nom de substitutions fidéicommissaires ou plus simplement de substitutions.

Le Code prohiba ces sortes de dispositions (art. 896), sauf certains cas dans lesquelles elles sont permises (art. 1048 et 1049).

Nous rencontrons dans la jurisprudence et dans quelques auteurs une autre expression synonyme de celle de fidéicommis exprès, c'est la *fiducie*, expression qui rappelle l'ancienne institution fiduciaire des Romains. — On entend par donataire ou légataire fiduciaire, la personne que le testateur gratifie pour la forme en la chargeant d'administrer les biens légués et de les tenir en dépôt jusqu'au moment où elle doit les remettre au véritable donataire ou légataire. Le fiduciaire quoique gratifié en apparence, n'est donc pas le véritable bénéficiaire de la libéralité, le vrai donataire ou légataire est celui à qui les biens doivent être restitués par le fiduciaire. — La fiducie n'est donc qu'un fidéicommis.

La fiducie romaine était une espèce de tutelle constituée pour la gestion des biens légués, le testateur ayant plus de confiance dans l'ami qu'il nommait fiduciaire que dans un tuteur inconnu ou qui lui était suspect. Cette fiducie n'est plus dans nos mœurs : « Aujourd'hui, dit Troplong, les fiducies ne sont guère pratiquées que pour faire passer des libéralités à des

établissements religieux, dont la position n'est pas régularisée ou que l'on veut favoriser sans le contrôle du gouvernement. »

La loi reconnaît le fidéicommis exprès (ou la fiducie) toutes les fois qu'il n'a pas pour but d'éluder les règles qu'elle a établies sur la capacité de recevoir à titre gratuit ou de constituer une substitution prohibée.

Quelle différence y a-t-il entre les fidéicommis dont nous parlons et les substitutions ? Quand le fidéicommis est pur et simple, pas de difficulté, il n'y a alors aucune apparence de substitution. Quand il est à terme ou sous condition, alors des difficultés peuvent s'élever. Nous n'avons pas à entrer ici dans l'examen des nombreuses hypothèses qui se sont présentées devant les tribunaux ou qui ont été imaginées par les auteurs et dans lesquelles il peut y avoir doute sur les véritables caractères et, par suite, sur la validité de la disposition. Disons seulement que toute substitution exige le concours de quatre conditions en l'absence de l'une desquelles il n'y a qu'un simple fidéicommis. Ces conditions sont :

1° La charge de conserver et de rendre ;

2° Le trait de temps ;

3° L'éventualité du droit du substitué ;

4° L'ordre successif.

On peut donc définir la substitution, en la distinguant de la simple fiducie : Une disposition entre-vifs ou de dernière volonté par laquelle une personne donne

ou lègue ses biens à une autre pour qu'elle en jouisse durant sa vie et les rende à sa mort à une autre personne désignée si celle-ci lui survit.

En dehors de ces conditions essentielles il n'y aura qu'une simple fiducie, parfaitement valable si elle n'est pas faite en fraude de la loi.

Nous ne nous sommes encore occupés que de l'interposition expresse, la moins intéressante de beaucoup et la plus rare.

La plupart du temps en effet l'interposition sera de déguisée, dissimulée entièrement ou en partie ; la disposition principale n'en portera aucune trace, ou elle indiquera vaguement l'interposition sans désigner le véritable bénéficiaire.

Mais qu'est-ce qui constitue, d'une façon générale l'interposition de personnes ? A quels signes, à quels caractères la reconnaîtra-t-on ? Les juges ont-ils à cet égard un pouvoir absolu d'appréciation, ne doivent-ils pas au contraire se soumettre à certaines règles générales ? La question est délicate aussi a-t-elle été et est-elle encore l'objet de vives controverses. Les auteurs n'examinent cette question et la jurisprudence n'a été appelée à la trancher que dans des hypothèses où l'interposition avait ou pouvait avoir un caractère frauduleux. Nous aurons donc, dans l'examen et la critique des opinions qui se sont produites, à faire allusion à l'interposition frauduleuse.

Le législateur du Code ne nous indique nulle part

ce qu'il entend par les mots dispositions à personnes interposées employées dans l'article 911. Il se borne à prohiber l'interposition d'une façon générale quand elle est frauduleuse et à présumer cette fraude dans certains cas et à l'égard de certaines personnes.

Avant d'essayer de déterminer ce que l'on doit conclure du silence de la loi, nous croyons utile de rechercher quelles sont sur la question qui nous occupe les traditions du Droit. Furgole dans son traité des testaments (chap. VI, section 3) expose avec beaucoup de détails ce qui paraît avoir été la doctrine dominante en Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence. On peut en résumant les développements de cet auteur les ramener à trois propositions.

1° Il est prouvé que le bénéficiaire direct s'est entendu avec le disposant et a pris envers lui l'engagement d'honneur de restituer les biens à un incapable. Dans ce cas suivant Bartole, Cujas et Furgole, il y a vraiment fidéicommis en fraude de la loi, le bénéficiaire apparent doit-être déclaré indigne et la disposition tout entière devient caduque ; si l'acte, énonçant le fidéicommis, on ne prouvait aucune promesse de la part du bénéficiaire envers le disposant, le fidéicommis seul serait caduc et le grevé ne devrait pas être déclaré indigne.

Cette solution s'appuie sur la loi 3, D., *De jure fisci*. Il est vrai que des interprêtes ont crû trouver une décision contraire dans loi 40 (*eod. tit.*), mais la majo-

rité des auteurs, notamment Furgole (n° 213), ont parfaitement démontré que cette contradiction n'est qu'apparente.

2° Il n'est pas prouvé qu'un accord soit intervenu entre le disposant et le bénéficiaire direct et que celui-ci ait engagé sa foi au disposant, mais il est seulement établi que le bénéficiaire apparent soupçonne une personne incapable d'être le véritable bénéficiaire de la libéralité.

Il faut distinguer trois cas :

a) Ou le bénéficiaire apparent retient et conserve les biens malgré le soupçon ; alors point de fidéicommis tacite en fraude de la loi, partant point d'indignité.

b) Ou le bénéficiaire apparent a restitué les biens à celui qu'il regarde comme appelé sous son nom par le disposant. Dans ce cas, la solution est différente et l'indignité est encourue « parce que, dit Furgole, la restitution effective se combinant avec la réflexion de l'héritier et avec la volonté et l'objet du testateur, tout cela suffit pour caractériser un *fidéicommis tacite* en fraude de la loi... La restitution de l'hérédité de quelque façon qu'elle soit conçue et quelque couleur qu'on lui donne, n'est pas une libéralité de la part de l'héritier c'est une exécution de la volonté du défunt que l'héritier, a cru avoir destiné les biens à une personne incapable, et c'est par conséquent dans la réalité un vrai fidéicommis tacite » (*loc. cit.*).

c) Ou enfin l'héritier n'a pas encore fait la restitution, mais il a l'intention de la faire; alors la solution doit être la même que dans le second cas. (Voir en ce sens deux arrêts intéressants du parlement de Paris, rendus en 1716 et cités par Furgole, *loc. cit.*).

Pothier ne faisait que résumer cette doctrine généralement reçue dans notre ancienne jurisprudence quand il disait qu' « *il ne suffit pas que le légataire offre affirmer qu'il n'y a aucune paction entre lui et le testateur; car souvent il n'y en a pas et le testateur se fie que la personne interposée pénétrera sa volonté, mais il doit jurer précisément qu'il ne croit pas que le legs ait été fait pour être restitué à la veuve, et qu'il n'entend pas le lui rendre...* » (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 44).

3° Enfin, lorsqu'il ne se rencontre aucune des circonstances que nous venons de parcourir, à savoir ni convention passée entre le disposant et le bénéficiaire direct, ni preuve de l'intention du premier de charger celui-ci de rendre à une personne incapable, et certitude que le bénéficiaire apparent ait déviné cette intention et l'ait mise ou se propose de la mettre à exécution, on ne doit pas présumer la fraude, quelque vraisemblable qu'elle paraisse et il faut que le juge ferme les yeux à toute conjecture purement humaine pour s'en tenir aux simples décisions de la loi.

C'est ce qui résulte expressément d'un arrêt du parlement de Toulouse, rendu par la première Chambre

des enquêtes de cette Cour, le 8 août 1738 et rapporté par Furgole (*loc. cit.*).

Ces décisions se basaient sur la jurisprudence romaine telle qu'elle résulte très clairement des lois 11 (C., *De hered. instit.* et 25, D., *De his quæ ut indig. auf.*).

Qu'en est-il sous l'empire du Code ? Faut-il conclure du silence que le législateur a gardé sur les caractères auxquels on pourra reconnaître l'interposition de personnes qu'il a entendu s'en rapporter aux distinctions et sous-distinctions admises sur ce point dans notre ancienne jurisprudence ? N'a-t-il pas plutôt voulu laisser aux juges le pouvoir d'apprécier les circonstances desquelles pourraient résulter l'interposition de personnes ?

Un premier point qui ne peut faire l'objet d'aucun doute, c'est le cas d'accord intervenu entre le disposant et le donataire ou légataire apparent. Tout le monde reconnaît qu'un pareil accord ayant pour but de faire passer les biens par l'intermédiaire du bénéficiaire apparent à la personne incapable, tombe sous l'application de l'article 911.

La preuve de l'accord peut d'ailleurs être faite par tous les moyens, par application d'une part du principe posé dans l'article 1348 Code civil, et d'autre part de cet autre principe universellement admis que la fraude peut s'établir par tous les moyens de preuve.

Mais où les divergences commencent, c'est quand il s'agit de savoir si cet accord est nécessaire pour qu'il y

ait interposition de personnes dans le sens de l'article 911, ou, à défaut de pacte, si des circonstances particulières ne peuvent en tenir lieu et si ces circonstances peuvent et doivent être abandonnées à l'appréciation souveraine des juges.

Trois opinions se sont produites.

1° La première exige un pacte, un accord entre le disposant et le donataire ou légataire.

C'est ainsi que le président Lasagni dans un remarquable rapport à la Cour de cassation (16 mars 1842, Sir. 1842, 1, 637) définissait l'interposition de personnes, prévue et réprimée par l'article 911. « Une fraude à la loi *consistant dans un concert entre le testateur et l'héritier institué* par lequel ce dernier *s'oblige*, sous la foi de l'honneur et de la conscience, à rendre toute la succession ou une de ses parties à des personnes incapables de succéder. »

Il n'est pas nécessaire sans doute que cette convention soit expresse, elle peut être tacite et purement verbale mais elle est nécessaire pour constituer l'interposition ; il faut que le donataire ou légataire ait *contracté l'engagement d'honneur de restituer*. On invoque à l'appui de cette opinion l'autorité d'un texte du Droit romain qui dit : « *fidem accommodat*, qui vel id quod relinquitur, vel aliud, *tacite promittit* restiturum se personæ... *sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione* repromiserit » (Gaïus, L. 10, D., *De his quæ ut indig. auf. princ.* —

V. Grenier, *Traité des donations*, t. I, nº 136).

Mais cette doctrine qui donne une signification si restreinte aux expressions *personnes interposées* de l'article 911 est généralement repoussée. Elle contredit, quoiqu'on en dise, la doctrine reçue, tant en Droit romain que dans notre ancienne jurisprudence et suivant laquelle, comme nous l'avons vu, il n'était pas nécessaire qu'il y eut preuve d'un concert frauduleux entre le disposant et le bénéficiaire direct. De plus il est facile de voir que la prohibition de l'article 911 devient à peu près illusoire dans ce système.

2º Aussi dans une seconde opinion, très généralement reçue dans la doctrine, on admet que certaines circonstances peuvent suppléer à cet accord entre le disposant et le bénéficiaire apparent, mais ajoute-t-on, ces circonstances ne peuvent être laissées à l'appréciation souveraine des tribunaux sans livrer les dispositions à titre gratuit et surtout les dernières volontés de l'homme à tous les périls des interprétations les plus arbitraires. Quelles sont donc ces circonstances desquelles seules pourra résulter l'interposition de personnes en l'absence de tout concert entre le disposant et le donataire ou légataire direct ?

Elles consisteront :

Soit dans les rapports de soumission et de dépendance où se trouve la personne prétendue interposée à l'égard de celle à qui la libéralité est réellement adressée, rapports de soumission et de dépendance qu'impliquent

les liens de parenté et d'alliance qui unissent le bénéficiaire apparent et le bénéficiaire occulte. Le législateur dans les articles 911 et 1100 prend lui-même en considération ces circonstances.

Soit dans la nature même de la disposition qui, au lieu d'être pure et simple, comprend certaines combinaisons de droit d'accroissement ou autres qui révèlent que, dans l'intention du disposant, le bénéficiaire apparent n'est pas un bénéficiaire sérieux.

Mais en dehors d'un pacte secret entre le disposant et le donataire ou légataire, ou de l'une de ces circonstances déterminées, les juges ne peuvent admettre une prétendue interposition de personnes sans violer les articles 894, 895, 970 et tous ceux qui déclarent qu'un acte de disposition à titre gratuit, régulier en la forme, constitue un titre légitime d'acquisition au profit de celui qui en est l'objet (V. en ce sens Dalloz, vº *Disp. entre-vifs et test.* nºs 464 et suiv.; — Coin-Delisle, art. 911, nº 13; — Paul Pont, *Rev. de législ.*, 1847, III, p. 270 et suiv.).

Cette seconde doctrine se recommande assurément par des considérations très sérieuses, elle se rapproche beaucoup plus que la première de la pensée du législateur telle qu'elle résulte du texte même de l'article 911. Cependant nous la croyons encore trop restreinte. Elle ne tient pas compte, à notre avis, de ce qui est le caractère essentiel de l'interposition de personnes, l'intention du disposant; ou plutôt elle n'en tient pas un

compte suffisant. Elle laisse ainsi à la fraude de nombreuses occasions de s'exercer librement et impunément.

3° La troisième opinion, elle, fait résulter l'interposition de la seule intention du disposant. Il n'est pas nécessaire que cette intention se révèle par l'une des circonstances déterminées dans le second système. Ce n'est pas à dire assurément que les juges pourront faire résulter cette intention du disposant de conjectures plus ou moins vagues; mais lorsqu'il aura été établi, par des témoignages non suspects ou par des présomptions graves, précises et concordantes, que le disposant n'a pas entendu gratifier réellement la personne expressément dénommée dans la donation ou le testament, qu'il n'a considéré cette personne que comme un intermédiaire destiné seulement à recevoir les biens pour les transmettre ensuite à la personne que le disposant veut réellement gratifier, nul doute qu'il n'y ait là une interposition de personne bien caractérisée et que la disposition ne tombe sous l'application de l'article 911, si le bénéficiaire indirect est un incapable.

Mais est-il nécessaire que le donataire ou légataire apparent ait connu cette intention du disposant? Cette circonstance ne nous semble pas indispensable. On objecte, il est vrai, qu'il ne peut y avoir de fidéicommis en l'absence de toute charge de rendre soit qu'elle se présente sous la forme d'une prière, d'une simple recommandation de restituer ou sous la forme plus éner-

gique d'un ordre ; que cette charge de rendre peut, à la vérité, résulter d'autre chose que d'une convention ou d'un accord réel entre le disposant et le bénéficiaire apparent, que c'est ainsi qu'elle peut s'induire de cette seule circonstance que le bénéficiaire nominal a su qu'il n'était dans la pensée du disposant qu'un intermédiaire, une personne interposée, mais que cette circonstance est indispensable pour constituer le fidéicommis et, partant, l'interposition de personnes que le législateur a eu en vue dans l'article 911. C'est alors seulement, en effet, qu'il peut exister à la charge du bénéficiaire direct, une obligation de restitution ou du moins un engagement du *for intérieur*, engagement purement moral, suffisant sans aucun doute, pour constituer l'interposition, mais au moins nécessaire. Si au contraire, la disposition est pure et simple, si, à défaut de toute charge de rendre ou même de toute invitation, de tout avis plus ou moins direct, à lui adressé par le disposant, le bénéficiaire n'a même pas deviné les intentions du disposant, et, par suite, a dû se considérer et s'est effectivement considéré comme légataire pur et simple, comment trouver là, même le germe d'un *fidéicommis* ; le donataire ou légataire direct n'a pu être engagé à son insu pas plus au *for intérieur* qu'au *for extérieur*, il n'y a donc pas de *fidéicommis* ni *d'interposition de personnes* dans le sens que la loi attache à ces expressions.

Nous ne faisons aucune difficulté d'admettre qu'il ne

peut y avoir de *fidéicommis* même tacite en l'absence des conditions que l'on vient d'indiquer. Nous convenons que si le donataire ou légataire direct a complètement ignoré que le disposant ait eu l'intention de le grever de restitution, on ne peut dire que l'acceptation qu'il fait de la libéralité, jointe à la connaissance qu'il a eu de la volonté du disposant, engendre cette obligation, au moins morale, nécessaire pour qu'il y ait *fidéicommis*. Mais l'*interposition de personnes* est-elle toujours et nécessairement un *fidéicommis* au moins tacite ? Ces deux expressions *fidéicommis* et *interposition de personnes* sont-elles synonymes ? Nous ne le croyons pas. Le *fidéicommis* est sans doute une des formes et la plus usuelle peut-être de l'*interposition de personnes*, mais elle n'est pas la seule. Nous avons dit au commencement de cette étude que l'*interposition de personnes* consistait dans le fait, par le disposant, de se servir de l'intermédiaire d'une personne pour faire passer la libéralité à une autre. Il suffit dès lors, pour qu'il y ait *interposition de personnes* dans les termes de notre définition, que le disposant ait pensé que les biens passeraient à la personne qu'il voulait en réalité gratifier et qu'il n'ait disposé au profit du bénéficiaire apparent que dans cette pensée. Peu importe que le donataire ou légataire direct ait connu ou non cette intention du disposant. Dès que cette intention résulte de preuves manifestes, on peut et on doit dire qu'il y a *interposition de personnes* dans le

sens de l'article 911 et que, par suite, si le bénéficiaire véritable est un incapable, la disposition doit être annulée.

A quel titre en effet vaudrait-elle ?

Comme libéralité faite au donataire ou légataire nominal ? Mais il est prouvé par des preuves certaines, que le disposant n'a pas eu sérieusement la volonté de le gratifier ; quant à lui donc la disposition manque de cause, l'intention libérale fait défaut, il n'a pas, suivant l'expression de Furgole (*Test.* chap. VI, sect. III, n° 222) *la volonté* du disposant, et l'on ne peut comprendre qu'on maintienne à son profit une disposition ainsi viciée dans son caractère essentiel. Quant à la personne qui seule *a la volonté* du disposant, elle est incapable, il ne peut donc être question d'exécuter la volonté du disposant et la disposition disparaît entièrement. De quelque façon qu'on envisage la disposition, l'on est forcé de convenir qu'elle est frappée d'inefficacité dans sa cause même : à l'égard du bénéficiaire apparent, elle manque de cause, à l'égard du bénéficiaire réel, sa cause est illicite ; elle ne peut donc valoir à aucun titre. Qu'arriverait-il d'ailleurs si l'on maintenait la disposition à l'égard du donataire ou légataire nominal ? Que deviendrait dans ce cas la prohibition de l'article 911 ? Le bénéficiaire direct a, nous le supposons, ignoré la volonté secrète quoique bien réelle du disposant, mais « qu'importe, dit fort bien le tribunal de Limoges, qu'il n'y ait pas eu concert frauduleux entre le légataire et le testateur ?

Le vrai contrat se forme quand le fiduciaire accepte et si à ce moment, il n'est pas dans le secret, les organisateurs de la fraude sauront bien l'y initier. » (Limoges, 13 juillet 1870, Dalloz, 1871, 2, 12.)

Alors, de deux choses l'une : ou le bénéficiaire apparent ne croit pas qu'il puisse en conscience garder des biens qui ne lui sont pas sérieusement adressés et il les restitue à l'incapable ; alors la loi est violée. Vainement objecterait-on que l'incapable ne reçoit plus, dans ce cas, les biens du premier disposant par rapport auquel, seul, il est incapable, nous le supposons, mais du bénéficiaire direct qui, lui, peut disposer en sa faveur? Nous répondrons que ce raisonnement est une pure subtilité, que le détour que la loi a entendu prohiber dans l'article 911, n'en existe pas moins, que la seconde disposition est, comme la première, viciée dans son essence même ; elle manque en effet de l'intention libérale ; le bénéficiaire direct n'a pas disposé au profit de l'incapable par des considérations tirées de sa personne même et dans une intention généreuse à son égard, il ne l'a fait que parce qu'il s'est cru moralement obligé de le faire. Ou bien, le bénéficiaire direct sera un homme peu scrupuleux et bien décidé à garder les biens malgré la volonté du disposant ; alors on lui fait un titre de son peu de scrupule, sa mauvaise foi remplace dans ce cas, la seule cause vraiment naturelle et respectable de la libéralité, l'intention généreuse. Nous ne pouvons croire que tel soit le système de la loi.

Il en était autrement, nous le savons, en Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, où l'on exigeait non seulement que le bénéficiaire direct eut connu la volonté du disposant, mais qu'il eut exécuté ou ait eu au moins l'intention d'exécuter cette volonté, mais on comprend jusqu'à un certain point cette différence quand on se rappelle que, selon l'ancien Droit, l'inefficacité de la disposition principale et directe n'était prononcée que pour cause d'indignité de l'héritier qui, ayant participé à la fraude, était déchu du droit de profiter de la disposition; c'est ce que nous apprend Furgole (*Test.* ch. VI, sect. III, n° 221 et 222.) Aussi ne pouvait-on déclarer indigne celui qui non seulement n'avait pas engagé sa foi envers le disposant, mais avait même ignoré la volonté de celui-ci ; on maintenait donc en sa faveur la libéralité. Furgole *(loc. cit.)* critique avec une très grande justesse, cette doctrine et les raisons qu'il donne sont toutes en faveur de notre système.

Toutes les fois donc que la volonté du disposant de se servir du bénéficiaire direct comme d'un intermédiaire ne sera pas douteuse, il y aura interposition de personne et cela sans qu'il soit nécessaire d'établir que la personne interposée, savait qu'elle n'était effectivement dans la pensée du disposant qu'une personne interposée.

La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans ce sens (Voir Cass., 20 avr. 1847, Sir. 1847,1,437; Cass., 6 août 1862, Sir. 1862,1,773 ; Limoges, 13 juill. 1870;

Sir. 1871, 2,11; Pau, 24 juill. 1878, Sir. 1878,2,282.)

Nous citerons particulièrement deux de ces arrêts qui établissent très énergiquement la doctrine qui a prévalu en jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 30 décembre 1845 avait décidé que « l'interposition de personnes dans les donations et testaments est une question de fait livrée à l'appréciation des juges en dehors des présomptions légales établies dans les articles 911 et 1100 Code civil; qu'à cet égard, ils ont un pouvoir discrétionnaire pour décider souverainement, d'après l'ensemble des faits et circonstances, si un legs ou une donation a été fait à personne interposée et que pour décider qu'il y a eu interposition de personne, il n'est pas nécessaire qu'ils constatent qu'il y a eu *concert frauduleux* entre la personne interposée et le testateur *ni même que la personne interposée a eu connaissance de l'intention du testateur.*» Et dans l'un de ses motifs, la Cour disait qu'il suffit que le testateur, en léguant ses biens à un héritier apparent, ait eu la *volonté secrète* de gratifier un individu incapable de recevoir le don. Il ne faut point exagérer la pensée de la Cour de Toulouse. Par ces expressions *volonté secrète*, la Cour n'a point entendu parler, comme on le lui a reproché à tort (Paul Pont, *Revue de législ.*, 1847, t. III, *loc. cit.*) d'une volonté vague, flottante, indécise, d'une pensée fugitive; nous avons dit nous-même que de simples conjectures ne suffisaient pas pour faire prononcer la nullité, qu'il

fallait des *preuves certaines, manifestes;* c'est aussi la pensée de la Cour de Toulouse et elle prend soin de l'indiquer dans le motif suivant : « Attendu qu'il suffit pour opérer la nullité de la libéralité tant contre l'héritier nommé que contre la personne appelée à recueillir le *fideicommis* qu'il soit *démontré* que le testateur a *a voulu, par des dispositons détournées, éluder les dispositions de la loi.....*

« Que ces principes une fois établis, la Cour doit rechercher s'il existe dans la cause des *présomptions assez précises et concordantes* pour motiver l'annulation du testament... »

Cet arrêt de la Cour de Toulouse fut confirmé par arrêt du 20 avril 1847 de la chambre civile de la Cour de cassation : « Attendu que la loi n'a pas déterminé les caractères de l'interposition de personnes ; qu'ainsi elle *s'en rapporte à la sagesse et aux lumières des juges pour décider si l'héritier apparent est sérieusement institué, ou si au contraire il n'est qu'un intermédiaire entre le testateur et l'incapable...* »

Le second arrêt, que nous croyons intéressant et utile de citer est resté célèbre par les circonstances de fait à l'occasion desquelles il est intervenu.

Le marquis de Villette décéda le 3 juin 1859 après avoir fait un testament olographe par lequel il instituait Mgr de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, pour son légataire universel, lui substituant vulgairement, par un codicille postérieur, d'abord Monsieur Léon de Mon-

treuil, puis Monsieur Alfred de Montreuil son fils. Ce dernier prétendant que dans le testament, l'évêque de Moulins n'était qu'un intermédiaire et que le véritable institué était le comte de Chambord, que la loi du 10 avril 1832, déclarait incapable d'acquérir en France aucun bien, à titre gratuit ou onéreux, avait intenté contre l'évêque de Moulins, une action en nullité de l'institution faite en sa faveur comme entachée de *fidéicommis.*

Le 1[er] août 1861, arrêt de la Cour d'Amiens qui annule le testament et le codicille postérieur : « Attendu *qu'il est évident* que Villette n'a institué l'évêque de Moulins que pour donner au comte de Chambord, et qu'il n'a substitué Montreuil père à l'évêque de Moulins et non au comte de Chambord, que pour faire ce que l'évêque *dont il n'avait pas le consentement ne voudrait ou ne pourrait pas faire,* c'est-à-dire pour transmettre, à son défaut, au comte de Chambord.

« *Attendu que Mgr. de Moulins n'a pas connu la fraude organisée par Villette ; mais qu'il n'est pas nécessaire que le fidéicommissaire ait connu d'avance la volonté du testateur ou promis de l'exécuter, la bonne foi qui n'est pas douteuse, ne suffisant pas pour le rendre propriétaire d'un bien que le testateur n'a pas voulu lui léguer...* » Et la Cour suprême confirmait le 6 août 1862, l'arrêt de la Cour d'Amiens, par ce motif que l'interposition de personnes est une question de fait laissée par le législateur à la souveraine appréciation des juges.

Ces décisions de la jurisprudence, nous paraissent parfaitement fondées.

Ce serait une erreur de conclure des observations qui précèdent, que la personne interposée est toujours un donataire ou légataire direct qui reçoit les biens du disposant pour les remettre à celui qui est réellement gratifié. La personne interposée peut être aussi un bénéficiaire indirect et apparent, le véritable donataire ou légataire étant celui qui, recevant directement les biens du disposant n'est chargé, *qu'en apparence* seulement, de les rendre à la personne interposée. Il y a là mélange de fidéicommis exprès et d'interposition secrète. L'interposition de personne est déguisée sous l'apparence d'un fidéicommis exprès au profit d'une personne capable. C'est là, comme nous le verrons, une forme d'interposition souvent employée pour faire passer des biens, en fraude de la loi, à des établissements non reconnus ; elle se présente surtout sous la forme de fondation charitable ou pieuse.

Enfin la personne interposée n'est même pas toujours un donataire ou légataire, elle peut aussi jouer le rôle de donateur apparent. Nous verrons des exemples de cette forme d'interposition, quand nous traiterons des donations entre époux ou par contrat de mariage et de l'article 1099.

Un point qui ressort avec évidence du texte même de l'article 911, c'est qu'il ne prohibe l'interposition de personnes que quand elle a pour but de faire parvenir à

des incapables des libéralités qu'ils ne peuvent recueillir. Mais l'interposition de personnes quelle que soit la forme qu'elle revête est, parfaitement valable (c'est ce que nous espérons démontrer plus loin) quand elle n'a pour but que de faire passer les biens à des personnes capables.

CHAPITRE II

De l'interposition prohibée. — Étendue d'application de l'article 911.

L'article 911 prévoit les deux expédients le plus souvent et le plus facilement employés pour éluder les prohibitions de la loi. Mais ces deux moyens ne sont pas toujours employés isolément ; ils peuvent être et ils sont souvent combinés ; la libéralité se dissimule alors sous les apparences d'un contrat onéreux passé par le disposant avec un *prête-nom*, qui doit ensuite transmettre les biens qu'il est censé acquérir au véritable intéressé, bénéficiaire de la libéralité déguisée. Ce cumul des deux fraudes prévues et prohibées par l'article 911 ne se comprend guère que pour les donations entre vifs ; il est difficile qu'il en soit de même pour les donations testamentaires, car, outre l'obstacle qui naît des formalités, les pactes sur successions futures sont défendus. Il n'y a donc qu'un moyen de déguiser une libéralité testamentaire, c'est l'interposition de personne.

Mais, en principe, l'interposition frauduleuse peut revêtir les formes les plus diverses, et il n'est pas dou-

teux qu'elle tombe sous l'application de l'article 911, quelle que soit la forme qu'elle ait prise. C'est ainsi que l'interposition peut se dissimuler sous l'apparence d'un contrat de dépôt fait par le disposant à un tiers qui est chargé secrètement de remettre le dépôt à un incapable (art. 1937). C'est alors un don manuel fait par une personne interposée au profit d'un incapable, et nous n'hésitons pas à dire que la sanction de l'article 911 doit atteindre également ces dons manuels.

Nous aurons l'occasion d'ailleurs, quand nous traiterons de l'interposition non frauduleuse, d'étudier les questions de principes qui s'élèvent à l'occasion des dons manuels faits par des personnes interposées.

Nul doute aussi qu'il faille appliquer l'article 911 à la donation frauduleuse qui serait faite sous la forme d'un billet ou reconnaissance que le donateur ferait souscrire par un tiers, auquel il fournirait secrètement les fonds, au profit d'un incapable. Il y a dans cette opération cumul des deux fraudes prévues et prohibées par l'article 911.

Cet article 911 contient une double disposition :

La première est *principale et générale*, elle prohibe l'*interposition de fait* dont nous avons déterminé le caractère essentiel, et s'applique à toutes les incapacités de recevoir soit absolues, soit relatives.

La seconde établit une *interposition de droit;* elle est *secondaire et spéciale.*

Nous étudierons dans deux sections cette double disposition.

SECTION PREMIÈRE

De « l'interposition de fait ».

Nous disons que la première disposition de l'article 911 est principale, générale et s'applique à toutes les incapacités établies par les lois, tant absolues que relatives, naturelles ou civiles, qu'elles soient établies par le Code ou qu'elles résultent d'autres lois. Le texte de l'article 911 est, en effet, très explicite et n'admet aucune restriction. Mais cette disposition de la loi n'était même pas nécessaire. C'est, en effet, un principe qui domine toute notre législation, principe de raison aussi bien que de droit positif, que l'on ne peut pas faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement. L'article 911 aurait donc été inutile, à la rigueur, s'il ne s'était composé que de la première disposition ; la seconde seule rendait cet article indispensable, car il eût été impossible aux interprètes de créer eux-mêmes, dans le silence de la loi, la présomption de droit qu'elle établit. Et cependant, quand on réfléchit aux difficultés nombreuses que rencontre l'application de ce principe si rationel, qui s'impose avec tant de force, on com-

prend qu'il est bon que le législateur ait cru nécessaire de le proclamer.

Quand il s'agit des incapacités dites civiles l'application du principe général de l'article 911 se fait sans difficulté.

On a tenté cependant de restreindre l'application de la première disposition de notre article aux incapacités relatives, sous prétexte « qu'on ne peut supposer qu'on veuille indirectement faire passer à des personnes absolument incapables des biens que la *personne prétendue interposée* ne pouvait elle-même leur transmettre. » (Grenier, *Trait. des donat.* et *test.* t. I, p. 601 et 602). Mais cette opinion, présentée d'ailleurs avec une très grande réserve, plutôt comme un doute que comme une opinion arrêtée, et presque unanimement repoussée en doctrine et en jurisprudence, ne soutient pas l'examen. N'est-il pas vrai que la première disposition de l'article 911 comprend dans sa généralité la fraude par déguisement de l'acte et celle par personnes interposées, qu'elle ne fait aucune distinction entre ces deux fraudes et les prohibe toutes deux dans tous les cas et de la même manière? Or se trouverait-il quelqu'un pour soutenir que la prohibition de la fraude par déguisement de l'acte ne s'applique pas aux incapacités absolues? Assurément non ; pourquoi donc en serait-il autrement de l'interposition de personnes? Cette impossibilité de transmission dont on parle, d'ailleurs, n'est jamais complète, beaucoup de moyens peuvent s'offrir

de faire passer effectivement les biens à l'incapable. — Mais, nous le répétons, cettte difficulté n'en est pas une ; elle n'a jamais été du reste soulevée très sérieusement.

Il en est autrement des incapacités dites naturelles de l'enfant non conçu ou des établissements non reconnus, ainsi que de ce que nous croyons devoir appeler *très exactement l'incapacité* des établissements *même reconnus*. Ici les opinions sont plus partagées, la fraude cherche plus souvent l'occasion de s'exercer librement, car les passions les plus vives entrent en jeu avec force et pour les satisfaire des arguments très spécieux, sinon très fondés, ont été présentés à l'effet d'écarter l'obstacle gênant de l'article 911. C'est d'ailleurs à ces incapacités que se rattache l'importante question des fondations que nous ne pouvons passer sous silence sans risquer d'être incomplet.

La première condition exigée pour être capable de recevoir est d'exister. Aussi la loi place-t-elle en première ligne parmi les incapacités de recevoir par donation entre vifs ou par testament celle de l'enfant non encore conçu au moment de la donation ou à l'époque du décès du testateur (art. 906). Rien de plus naturel assurément, on ne peut concevoir d'incapacité plus radicale que celle du néant : *esse enim debet cui datur* (L. 14, D., *De jure codicill.*)

C'est encore en vertu du même article 906 que les associations (corporations, communautés ou établisse-

-ments) qui ne sont pas légalement autorisés sont absolument incapables. Ces associations tant qu'elles ne sont pas autorisées n'ont aucune existence aux yeux de la loi ; l'incapacité qui les frappe est donc une incapacité naturelle et radicale. « Les communautés, corps, confréries, etc., disait Pothier, qui ne sont point autorisés dans le royaume, *n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucunes dispositions testamentaires.* » (*Donat. et Test*, chap. III, sect. II, art. 1, 3°).

Il n'est donc pas nécessaire de faire dériver le principe de cette incapacité, par argument *a contrario*, de l'article 910 ; elle dérive du principe nettement posé dans l'article 906. C'est un principe qui s'impose. La jurisprudence l'a toujours proclamé. (Cass., 27 avril 1830, Sir. 1830, 1, 186 ; id., 3 juillet 1842, Sir. 1842, 1, 390 ; Paris, 20 mai 1851, Sir. 1851, 2, 321 ; Cass., 12 avril 1864, Sir. 1864, 1, 153 ; id. 2 janvier 1867, Sir. 1867, 1. 61).

Cette incapacité est, de sa nature même, aussi absolue que possible, elle n'existe donc pas seulement à l'égard des libéralités pures et simples, mais aussi à l'égard de celles qui seraient expressément subordonnées à la condition de l'existence du bénéficiaire. Cette seconde décision fait cependant plus de doute en doctrine, au moins en ce qui concerne les associations non reconnues, car l'on reconnaît que l'article 906 est formel à l'égard de l'enfant non conçu et n'autorise aucune

distinction entre les libéralités pures et simples et celles subordonnées à la condition : *si nascatur*. Mais si l'on admet, ce qui nous paraît incontestable, que l'incapacité des établissements non reconnus, dérive de l'article 906, qu'elle est aussi radicale et aussi absolue que celle de l'enfant non conçu, n'y a-t-il pas contradiction manifeste à déclarer les libéralités conditionnelles valables quand elles s'adressent à des établissements non reconnus et nulles quand elles s'adressent à l'enfant non conçu ? Évidemment oui. Cependant un éminent jurisconsulte, Troplong, n'échappe pas à cette contradiction. Après avoir enseigné qu'on ne peut léguer à un enfant non encore conçu sous la condition s'il naît, que l'article 906 s'oppose d'une manière formelle à la valadité d'un pareil legs, le savant jurisconsulte admet plus loin qu'on peut léguer valablement à un établissement non reconnu sous la condition *cum capere potuerit*. Il va même jusqu'à présumer cette condition : « Comme, par exemple lorsque le testateur, voulant gratifier une congrégation religieuse, n'ayant encore qu'une existence de fait au moment du testament, mais nourrissant la pensée de régulariser son établissement par l'obtention ultérieure d'une autorisation, fait en sa faveur une disposition de dernière volonté : dans ce cas, il est clair que le testateur a sous-entendu la condition *cum caperet potuerit*, C'est là une de ces conditions implicites *quæ insunt*, comme dit la loi romaine. Et quand intervient l'autorisation du gouvernement le

legs est valide *ab initio*, par l'effet rétroactif attaché à la réalisation des conditions » (Troplong, *Donat*, t. II, n° 611). — Cependant Troplong reconnaît que l'incapacité des établissements non reconnus dérive du principe posé dans l'article 906 et nous savons comment il interprète cet article quand il s'agit de l'enfant non conçu. Sa doctrine nous semble impliquer une contradiction.

Pour échapper à cette contradiction un jurisconsulte, (M. Jacquier, *Des congrég. relig.*, p. 251 et suiv), a imaginé une doctrine fort spécieuse elle consiste à assimiler l'établissement non encore autorisé, mais ayant une existence de fait, à l'enfant simplement conçu ; de telle sorte que la libéralité faite à l'établissement non encore autorisé serait toujours subordonnée à la condition de l'autorisation, de même que la libéralité faite à l'enfant simplement conçu est subordonnée à la condition qu'il naîtra viable. Cela revient à comparer un être réel, qui vit (car la naissance n'est que le développement d'une vie antérieure, intra-utérine) à un être fictif, qui n'a qu'une existence fictive laquelle ne peut produire d'effet que du moment où elle est consacrée par l'autorité compétente. D'ailleurs la disposition qui permet à l'enfant simplement conçu de recevoir est, elle-même une fiction et il est de principe que les fictions sont de droit étroit et ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre.

Les héritiers du disposant ont, dès le décès de leur

auteur, un droit acquis à se prévaloir de l'incapacité absolue de l'établissement non autorisé et il est impossible d'admettre que ce droit puisse leur être enlevé par un événement postérieur. Cela résulte de l'article 2 de l'ordonnance du 2 avril 1817 qui dispose formellement que les autorisations ne sont données que sous réserves des droits des tiers.

Quant aux établissements reconnus, on dit généralement qu'ils sont capables, parce qu'ils constituent des personnes civiles. Ces expressions demandent à être expliquées, prises à la lettre, elles conduiraient à une erreur. Le législateur ne se sert nulle part des expressions personnes civiles, personnification ; elles ont été créées par les interprètes pour la commodité du langage. La vérité est que les établissements mêmes reconnus restent incapables en principe. Leur capacité est relative, exceptionnelle, restreinte à ce qui est nécessaire à l'accomplissement du service public pour lequel ils ont été institués. Ce qu'on appelle la personnalité civile de ces établissements n'est qu'une fiction en vue d'un certain résultat, et toute fiction doit être rigoureusement circonscrite dans les limites que la loi a fixée. En dehors du service pour lequel il est institué, l'établissement reconnu n'existe plus. En réalité, les établissements d'utilité publique n'ont que des obligations, des charges ; ce qu'on appelle leurs droits ne sont que des moyens que la loi met à leur disposition pour qu'ils puissent accomplir leur mission. Voilà pourquoi ils ne

peuvent acquérir qu'en vertu d'une autorisation spéciale. La place qu'occupe l'article 910, les termes dans lesquels il est conçu, démontrent jusqu'à l'évidence que l'autorisation qu'il prescrit n'est pas une simple formalité, qu'elle est la condition même de la capacité des établissements reconnus.

Il faut savoir, en effet, si la libéralité est nécessaire à l'association pour l'accomplissement de son œuvre, si elle a des besoins réels, si elle n'est pas déjà convenablement dotée, suffisamment pourvue ; il faut, en un mot, concilier les besoins du service avec l'intérêt des familles et celui de la société. — Notre ancien droit lui-même reconnaissait ces principes (Pothier, *Traité des personnes*, tit. 7. n°s 219 et suiv.).

Ces principes une fois établis, il semble que la disposition générale de notre article 911 va s'appliquer sans difficulté. Si les associations non reconnues sont absolument incapables de recevoir des libéralités pures et simples ou conditionnelles, si les établissements reconnus n'ont qu'une capacité restreinte, subordonnée à l'autorisation du gouvernement, il est clair que toute libéralité par personne interposée au profit d'un établissement non reconnu, ou d'un établissement reconnu en vue de le soustraire à l'autorisation légale, est une libéralité frauduleuse qui doit être déclarée nulle en vertu de l'article 911.

Il s'en faut cependant de beaucoup que ces consé-

quences logiques des principes précédemment établis soient acceptés par tout le monde.

On a contesté d'abord que l'article 911 dût s'appliquer aux libéralités adressées aux établissements reconnus, par cette double raison :

1° L'article 911 ne concerne que *les dispositions au profit d'incapables* et les établissements reconnus ne sont pas incapables puisqu'ils jouissent de la personnalité civile et que l'article 910 leur permet d'acquérir. Il est vrai que cet article subordonne l'acquisition à l'obtention d'une autorisation préalable mais c'est là une formalité qui n'affecte en rien la capacité des associations.

L'article 911 par ces termes mêmes ne leur est donc pas applicable.

2° La fraude que l'on prétend prévenir et empêcher et qui consisterait à éluder la nécessité de l'autorisation légale ne se conçoit pas, puisque la personne interposée devra transmettre les biens qui lui ont été confiés à l'établissement et que l'autorisation légale devra intervenir et interviendra pour valider cette seconde disposition. Ces raisons ont paru décisives à quelques auteurs (Bayle-Mouillard et Grenier, *Donat.*, t. I, n° 132; Toullier, t. 5, n°s 79 et 204 ; Saintespès-Lescot, n° 289 ; Gaudry, *Législ. des cultes*, n° 669.)

Nous avons répondu par avance au premier argument; nous avons vu quelle est la portée exacte de ces expressions *personne civile* ; nous savons qu'elles sont

loin d'impliquer une capacité pleine et entière comme celle que comporte la personnalité naturelle. Il n'est donc pas exact de dire que l'article 911 ne s'applique pas aux libéralités faites aux établissements reconnus parce que ces établissements sont capables. La disposition de l'article 910 est bien une règle de capacité, la place qu'il occupe au milieu des autres dispositions de la loi qui règlent la capacité de recevoir à titre gratuit le prouve d'une manière péremptoire. L'article 911 qui vient immédiatement après, s'applique à cet article 910 comme à tous les autres articles du même chapitre.

Est-il vrai d'ailleurs qu'aucune fraude n'est à craindre parce que l'autorisation légale sera toujours exigée et qu'ainsi le vœu de la loi se trouvera respecté? — C'est oublier, ce nous semble, que l'autorisation prescrite par la loi n'est pas une simple formalité accordée sans aucun examen. Cette autorisation, cela ne fait aucun doute, assure en même temps que la prérogative et le droit de surveillance de l'État sur les associations, le repos et l'avenir des familles. Or qui ne voit que les circonstances que l'administration doit prendre en considération pour donner ou refuser l'autorisation peuvent varier considérablement suivant que la disposition est faite par telle personne ou par telle autre ; que, par suite, l'interposition de personnes peut avoir pour but de rendre possible une autorisation qui aurait sans doute été refusée si la disposition fût émanée directement du premier disposant! C'est ce qu'exprime fort

justement M. Demolombe : « Voici, par exemple, une femme qui a des parents proches, nombreux et peu aisés et qui charge un tiers interposé de transmettre secrètement toute sa fortune a une communauté religieuse ; ce tiers imterposé, lui, au contraire, n'a que des parents éloignés, en petit nombre et riches eux-mêmes. N'est-il pas évident que l'autorisation du gouvernement ne sera pas alors demandée dans des conditions égales, et qu'elle pourra être accordée, même sans réduction, si la libéralité est considérée comme venant du tiers interposé; tandis qu'elle n'aurait été accordée qu'avec réduction ou qu'elle aurait été refusée tout à fait, si l'on avait connu le véritable disposant. » (Demol. t. XVIII, n° 63, *in fine*. — Cette solution est de jurisprudence constante, Cass., 17 nov. 1852, Sir. 1853, 1, 337 ; Paris, 10 janv. 1863, Sir. 1863, 2, 17 ; Toulouse, 11 juin 1874, Sir. 1874, 2, 201).

Les associations non reconnues, elles aussi, ont essayé de soustraire les libéralités qui leur sont faites par personnes interposées à l'application de l'article 911 en prétextant de leur inexistence juridique qui rend impossible, disent-elles, la fraude par interposition de personnes : « Attendu, dit la Cour de Grenoble qui a admis cette prétention, que, d'une part ces communautés, n'étant pas légalement reconnues, ne forment pas un être moral et qu'il n'y a là que des individus capables, *ut singuli*, d'après le droit commun, de recevoir à titre atuit; et, d'autre part, *qu'il n'y a pas lieu, dans une*

telle situation, de s'occuper de la question de savoir s'il y a eu interposition de personnes, celle pour qui aurait été destiné le legs ou la donation étant aussi capable de le recevoir que celle à qui il aurait été fait » (Grenoble, 13 janv. 1841, Sir. 1841, 2, 87.)

Sans doute les membres composant une association non autorisée ne sont pas plus incapables individuellement sous l'empire de notre Code qu'ils ne l'étaient en Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence : « *Hi enim*, disait le jurisconsulte Paul, *non quasi collegium sed quasi certi homines admittentur ad legatum* » (L. 10, D., *De rebus dubiis* ; — ajout. Furgole, *Des testam.*, chap. VI, sect. 1, nº 41). — Mais il est très certain aussi qu'il en doit être autrement quand il est constaté que le membre de l'établissement non autorisé n'est en réalité qu'une personne interposée. Est-ce aux membres de l'association individuellement que le disposant a adressé sa libéralité ? Evidemment non. C'est à l'association considérée comme personne distincte des individus qui la composent. Or, ainsi faite, la libéralité s'adresse au néant. Ajoutons que dans le système de la Cour de Grenoble on place les établissements religieux ou autres qui ne sont pas légalement reconnus et dont l'existence de fait est illicite, dans une position meilleure que ceux dont l'utilité publique est constatée et qui ont obtenu la reconnaissance légale. Aussi hâtons-nous de dire que la décision de la Cour de Grenoble est restée isolée dans la jurisprudence. La Cour de cassa-

tion et les Cours d'appel décident toujours « qu'il faut déclarer nulle la disposition faite au profit d'une ou de plusieurs personnes, membres d'une communauté non autorisée, ou de toute autre personne qui n'en serait pas membre lorsqu'il est constaté qu'elles ne sont constituées que pour faire parvenir la libéralité à la communauté elle-même considérée comme être moral, c'est-à-dire comme incapable de recevoir » (Cass., 5 avril 1841, Sir. 1841, 1, 875; 3 juil. 1842, 1, 390; 3 juin 1861, Sir. 1861, 1, 615; — Angers, 23 fév. 1839, Sir. 1839, 2, 136; Grenoble, 29 fév. 1872, Sir. 1874, 2, 87).

Le tribunal de la Seine vient de se prononcer dans le même sens par un jugement du 26 décembre 1884 (V. le journal *la Loi*, n° du 18 janv. 1885). Un arrêt de la Cour de Colmar du 14 avril 1829, confirmé par arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 27 avril 1830, annule le legs universel fait par le chanoine Beck au profit d'un nommé Schneider, parce qu'il était prouvé que Schneider n'était qu'une personne interposée à l'effet de recevoir le legs qui devait tourner au profit de la Société de Jésus. Il est curieux de lire, à propos de ce procès, les fragments d'une réponse donnée, en forme de consultation, par le père Grivel sur la demande que le testateur lui avait faite s'il convenait qu'il donnât ses biens à son séminaire de préférence aux Jésuites : « C'est de l'Église universelle, y est-il dit, et non d'un diocèse particulier que découle le bienfait de l'éducation; *or, l'Église retirant plus d'utilité de la Société*

que d'un séminaire, on doit témoigner sa reconnaissance à l'Église universelle de préférence à un séminaire particulier... L'Église universelle est la *première patrie* d'un chrétien, *d'un ecclésiastique...* La donation pourrait se faire par *fidéicommis à un ou plusieurs individus*; elle serait alors *réversible* au séminaire de Strasbourg ou applicable à la Société en général, si les Jésuites de France étaient dissous, *le tout comme il plaira au bienfaiteur.*

« On dira que la donation peut être faite au séminaire par fidéicommis. Je réponds : 1° que si les séminaires eux-mêmes sont supprimés, le fidéicommissaire ne pourra plus suivre les intentions du bienfaiteur par rapport à d'autres provinces de la Société... *Il reste un dernier arrangement, c'est que le fidéicommissaire ne se dessaisirait jamais de la donation faite au séminaire, mais lui en paiera la rente. Il pourrait suivre la même marche avec la Société* et le donateur procurerait un plus grand bien, puisque *la Société est plus utile à l'Église qu'un séminaire.* » (V. Dalloz, 1830, I, 225, note 1).

On voit que les instructions données par l'abbé Nicole dans un passage de ses mémoires, ont été fidèlement recueillies et perfectionnées : « Comme il faut tâcher, disait le célèbre abbé, que le bien qu'on fait à l'Église soit perpétuel, Messieurs les légataires universels sont très humblement suppliés de faire une donation entre vifs de biens sitôt qu'il sera mort quelqu'un

d'entre eux, *de manière que ces biens ne puissent jamais aller à des parents... Il est nécessaire que ces biens puissent en quelque sorte devenir perpétuels* ; que le dernier mourant laisse un testament pareil à celui que j'ai fait en donnant ces biens à *trois personnes désintéressées et en gardant le même ordre à perpétuité...* » (V. Troplong, *donations*, II, 684). Aussi, en pratique, la fraude par interposition de personnes est-elle presque toujours combinée avec un pacte tontinier. Au moyen de cette combinaison ingénieuse, *le bienfaiteur* peut être sûr que ses intentions seront exécutées. Nos tribunaux qualifient ces combinaisons frauduleuses de *délits* (arrêt de la Cour de Colmar précité), les intéressés les appellent des *fraudes pieuses.*

Jusqu'ici, à part quelques décisions isolées, les solutions auxquelles nous sommes arrivés sont très généralement reconnues exactes. Mais il est un point qui présente des difficultés sérieuses et à propos duquel la majorité des auteurs et des monuments de notre jurisprudence admettent une solution qui nous paraît être la négation même des principes que nous venons d'établir. On s'est demandé si la libéralité faite au profit d'un enfant non encore conçu ou d'un établissement non reconnu aux époques fixées par l'article 906, ne doit pas êre déclarée valable lorsqu'elle revêt la forme, non d'une donation ou d'un legs, mais d'une charge apposée à une libéralité faite directement au profit d'une personne capable ; et l'on décide généralement qu'une

telle disposition est valable : « Un testateur qui veut gratifier un enfant non conçu à l'époque du décès, dit Coin-Delisle, n'a donc qu'un moyen légal d'y parvenir, c'est d'imposer à son légataire universel la *charge de donner* telle somme à l'*enfant qui naîtra d'une personne déterminée* ; ce ne sera plus un don fait au profit d'un individu qui n'existe pas encore, mais un mode conditionnel d'une libéralité faite à une personne capable ; ce qu'aucune loi ne prohibe » (art. 906, n° 6). — M. Labbé, dans une remarquable note sous un arrêt de la Cour de Caen du 12 novembre 1869 (Sir. 1870, 2, 145), note dans laquelle la question est envisagée et traitée sous toutes ses faces, se range à cette opinion ; mais le savant professeur, tout en déclarant la disposition licite, ajoute que l'établissement, même après qu'il a été reconnu, est sans action pour réclamer l'exécution de la charge dont la seule sanction se trouve dans la révocation pour inexécution des charges. (V. aussi Demolombe, t. XVIII, nos 582 et 590.)

Nous lisons également dans l'arrêt de la Cour de cassation, confirmatif de celui de la Cour de Caen précité, que si une société de bienfaisance, non encore autorisée au moment du décès du testateur, *ne peut recueillir les legs qui auraient été faits directement en sa faveur*, aucune loi ne s'oppose à ce que *cette société, une fois autorisée, puisse réclamer l'exécution d'une charge imposée à son profit à un légataire capable, sous la condition exprimée ou sous-entendue* et

acceptée par le légataire capable, que *la charge n'aura d'effet qu'à partir du moment où la société aura acquis une existence légale.* (Ajout. Cass., 7 nov. 1859, Sir. 1860, 1, 350; 14 août 1865, Sir. 1867, 1, 61 ; 21 juin 1870, Sir. 1870, 1, 367; 4 avril 1874, Sir. 1874, 1, 258). — Mais hâtons-nous de faire remarquer que tous ces arrêts ont été rendus dans des hypothèses où il s'agissait, non d'établissements déjà existants en fait sinon en droit, mais d'établissements à créer, n'ayant encore aucune existence même de fait. Cette circonstance spéciale doit-être prise en très sérieuse considération. Il semble pourtant qu'elle ne puisse que fournir un argument *à fortiori* en faveur des établissements ayant déjà, au moment de la donation ou de l'ouverture du legs, une existence de fait ; ce serait cependant une erreur que de le croire. Nous verrons bientôt que les libéralités qui présentent les caractères de fondations, c'est-à-dire qui s'adressent plutôt à des œuvres qu'à des personnes, font naturellement exception aux règles que nous avons essayé de faire ressortir. — Un seul des arrêts que nous venons de citer s'est prononcé dans l'hypothèse d'un établissement existant en fait c'est l'arrêt de la Cour de Caen. Mais ici encore il suffit de lire l'espèce pour se convaincre que la disposition présentait bien les caractères d'une fondation : Une dame Millet institue par un testament, en date du 25 novembre 1851, le sieur Dumont son *légataire universel « à charge de payer à la ville d'Alençon,* dans

le délai de six ans, une somme suffisante pour acheter une rente de 1.000 fr, sur l'État, laquelle *serait versés chaque année,* savoir : *300 fr. aux mains du trésorier de la société formée à Alençon pour le placement en apprentissage des enfants pauvres,* et 700 fr. aux mains de la trésorière d'une *société de dames* qui se *formeraient dans le même but pour le placement en apprentissage des jeunes filles pauvres, sous la surveillance, quant à l'emploi, de M. le maire d'Alençon* ». La testatrice ajoutait :« Jusqu'à l'acquisition de la rente ci-dessus, *mon légataire universel* sera tenu, pendant le délai de six ans accordé, *à une rente de 1.000 francs envers la ville...*»

Dans l'espèce il s'agissait comme on le voit d'un testament contenant une double disposition l'une au profit d'une société de patronage ayant déjà une existence de fait, la seconde au profit d'une autre société *à créer dans le même but.* Le légataire universel était chargé d'acquitter ces dispositions. Mais à qui devait-il remettre l'objet de la disposition ? Est-ce à la société de fait directement ? Non. C'est à la ville d'Alençon. C'est cette dernière qui en somme était chargée d'exécuter les volontés de la testatrice. Rien n'est plus légal assurément que ce mode de disposition. La testatrice lègue à une œuvre de bienfaisance; c'est à la personne morale légalement instituée pour représenter cette œuvre qu'elle adresse sa libéralité. La disposition avait donc tous les caractères d'une véritable fondation ; la

décision de la Cour de Caen était à ce point de vue, irréprochable.

On ne peut donc rien inférer des arrêts précités en faveur de la question que nous examinons. On trouve sans doute dans ces arrêts des considérants conçus dans des termes très généraux, beaucoup plus larges que les dispositifs, mais il n'en reste pas moins acquis que ces arrêts sont des arrêts d'espèce ; que les hypothèses dans lesquelles ils ont eu à se prononcer, avaient incontestablement les caractères de fondations bienfaisantes ou pieuses. Ce n'est pas à dire assurément que les décisions de tous ces arrêts nous paraissent irréprochables de tous points. Nous aurons bientôt à examiner la question qu'ils soulèvent ; celle de savoir si l'exécution des fondations peut être confiée à des intermédiaires autres que ceux que la loi interpose elle-même entre les bienfaiteurs et l'œuvre gratifiée.

Quant à la question de principe elle reste entière, à la prendre dans les termes généraux et absolus que lui donnent certains auteurs (Coin-Delisle et Demolombe, *loc. supra cit.*).

La doctrine de ces auteurs nous paraît partir d'un principe faux et aboutir à des conséquences qui rendraient illusoires toutes les règles que nous venons de parcourir.

En droit, le bénéficiaire d'une charge, d'un mode apposé à un legs, doit être considéré comme un véritable légataire; il tient du testament un véritable droit,

il doit donc être capable au moment où ce droit s'ouvre, c'est-à-dire au moment de la mort du testateur : « La charge, dit M. Laurent, est une libéralité que le testateur fait à un tiers ; le tiers est donc un légataire, et il a tous les droits que la loi attache au legs. Peu importe, en effet, la forme dans laquelle un testateur dispose, dès que, par un acte de dernière volonté il gratifie une personne, il y a legs (C. civ., art 1002). Le tiers au profit duquel la charge est établie peut demander la délivrance du legs. » (*Principes de Droit civil*, t. XIII, n° 548.) Est-ce qu'en vertu de l'article 1121, l'on peut efficacement stipuler au profit d'un tiers comme condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même ou d'une donation qu'on fait à autrui, lorsque le tiers pour lequel on stipule n'existe pas au moment de la stipulation ? Nous ne le croyons pas. « Le tiers au profit duquel la stipulation accessoire est faite, dit M. Larombière (sur l'art. 1121, n° 13), doit être capable lorsqu'au fond cette stipulation contient en sa faveur une véritable libéralité. » Il en est de même pour la charge apposée à un legs. C'est ce qu'exprime fort bien un arrêt de la Cour de Colmar du 10 mars 1832, confirmé par un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes, le 23 novembre 1833 : « ...Considérant que la constitution d'un legs particulier n'exige point une disposition directe ; que la seule obligation imposée à un légataire de payer un don ou de livrer une chose, constitue un véritable legs, qui d'après le paragraphe 2, titre 20, *des Institutes* se faisait *per*

damnationem (damno heredem meum, je charge mon héritier)... qu'ainsi la disposition du jugement qui *ôte le caractère du legs* aux dispositions du testament qui *imposent* au *légataire* à titre universel *l'obligation d'acquitter diverses sommes aux individus y dénommés, est contraire à la loi et aux principes.* » (Sirey, 1832, 2, 499.)

A quelles difficultés, d'ailleurs, à quel arbitraire ne donnerait pas lieu dans la plupart des cas, la question de savoir s'il s'agit d'une charge ou d'un véritable legs par personne interposée ? « Les articles 906 et 910, Code civil, dit M. Bertauld à propos de notre question, ne deviendraient-ils pas lettres mortes si le disposant pouvait, *par un moyen indirect, faire parvenir des libéralités à des incapables*, sous la seule condition qu'à une époque quelconque les bénéficiaires de ces libéralités deviendraient capables. » (Dalloz 1869, 2, 225, note 1.) Mais, dit-on, de même qu'on peut léguer pour fonder un établissement qui n'a encore aucune existence, on doit aussi avoir le droit de léguer pour donner à un établissement qui n'existe pas légalement, car n'est-ce pas aussi *fonder légalement* un établissement ? Nous répondons que les deux hypothèses sont très différentes. Quand on lègue pour fonder un établissement, il ne peut être question de donner à un établissement puisque cet établissement n'existe pas et qu'il s'agit de le créer. La libéralité s'adresse en réalité à un établissement déjà existant et reconnu et dans les attributions

duquel rentre la fondation. On n'a pas à craindre dans ce cas que la prétendue disposition directe et modale ne soit en réalité un véritable legs fait en fraude de la loi par personne interposée, et destiné à favoriser, à développer l'existence illicite de l'établissement incapable. — Dans l'hypothèse au contraire, d'un legs fait à un tiers à charge de donner à un établissement non reconnu pour le temps où il sera reconnu, que peut-il arriver ? De deux choses l'une : ou la charge est exécutée de suite par le légataire, complice d'une fraude organisée entre le testateur et l'établissement gratifié, alors celui-ci pourra se passer de l'autorisation ; ou le légataire se refusera à exécuter la charge; alors si celle-ci est importante, l'association se résoudra peut-être à demander sa reconnaissance. Voilà à quelles conséquences aboutit la doctrine que nous combattons. N'avions-nous pas raison de dire qu'elle était la négation même de ces principes que nous avons vus écrits partout dans la loi ? La vérité est que toute libéralité au profit d'un enfant non conçu ou d'un établissement non reconnu est nulle quelle que soit la forme qu'elle revête. Legs ou charge tout est nul.

DES FONDATIONS

Il en est autrement, avons-nous dit, des dispositions qui ont le caractère de fondations. Ces dispositions en effet s'adressent plutôt à des œuvres qu'à des person-

nes. Ces œuvres sont capables, elles sont représentées par des établissements publics ou d'utilité publique, intermédiaires placés par la loi entre elles et le disposant. Ces établissements acceptent et recueillent avec l'autorisation du gouvernement, les libéralités qui sont adressées aux œuvres auxquelles ils consacrent leurs soins et les emploient conformément à la volonté du disposant. Cet emploi n'est pas l'exécution d'une charge quelconque au profit de personnes qui ne réunissaient pas les conditions de capacité exigées par la loi à l'époque de la disposition, il ne faut y voir qu'un mode d'application à l'œuvre gratifiée de la libéralité qui lui est adressée, mode d'application conforme à la volonté expresse du disposant. Les personnes, qui par suite de cette exécution des volontés du disposant, tirent un avantage quelconque de la disposition ne sont ni des légataires, ni les bénéficiaires d'une charge constituée à leur profit; ils n'ont ni droit ni action; ils n'ont donc besoin d'aucune capacité. Le fondateur ne les a pas connues; dans la plupart des cas, il ne pourra même pas les connaître; son intention a été de concourir au développement de certaines œuvres morales, charitables ou pieuses, auxquelles des établissements publics ou d'utilité publique consacrent leurs soins. Le fondateur sait que ces établissements recueilleront, sous le contrôle et la surveillance de l'État, les biens donnés ou légués et qu'ils les emploieront conformément à ses volontés.

Tels sont les caractères que présentent les fondations instituées par M. de Montyon, auprès de l'Académie française pour récompenser les ouvrages les plus utiles aux mœurs, et auprès de l'Académie des sciences pour l'assainissement des arts et métiers insalubres ; celle instituée par Mme de Beaumont auprès de la faculté de droit de Paris pour récompenser l'auteur du meilleur mémoire sur un sujet de droit.

Qu'ont voulu ces fondateurs ? Encourager et faciliter le progrès des bonnes mœurs, de la science. Rien de plus licite, de plus louable assurément que de pareilles dispositions ; elles sont d'autant plus licites qu'elles s'exécutent par l'intermédiaire d'établissements dans les attributions desquels rentrent les œuvres gratifiées, et dont elles facilitent ainsi la noble mission.

Nous en dirons autant des fondations ayant pour objet le soulagement, l'amélioration morale et matérielle des classes souffrantes. Elles s'exécutent par l'intermédiaire des maires (ordonnance du 2 avril 1817 ou des bureaux de bienfaisance (loi du 7 frimaire an V) ; à Paris l'administration de l'assistance publique).

Enfin la fondation ne change pas de caractère parce qu'une clause de l'acte porte création d'un établissement d'utilité publique. Il n'y a encore là, comme dans l'hypothèse de la clause portant distribution de prix annuels aux personnes qui réuniront certaines conditions, que la détermination par le disposant du moyen

pratique par lequel l'œuvre qu'il a voulu gratifier profitera de sa libéralité. Plusieurs manières s'offrent de faire profiter l'œuvre de la libéralité, entre toutes ces manières, le disposant en choisit une qui lui paraît la mieux appropriée au but moral qu'il se propose ; il dispose au profit de l'œuvre sous ce mode particulier et l'établissement, représentant l'œuvre, accepte la libéralité, avec l'autorisation du gouvernement « *aux termes et clauses de l'acte* ». Quant à l'établissement à créer, il n'est ni légataire ni bénéficiaire d'une charge ; il n'a aucun droit et, quand il sera reconnu, il n'aura aucune action contre l'établissement qui aura accepté et recueilli la libéralité. Les successeurs du disposant seuls pourront, si l'établissement qui a accepté le legs ne l'emploie pas au profit de l'œuvre conformément à la volonté du disposant et comme il s'y est engagé par l'acceptation qu'il a faite « *aux clauses et termes de l'acte* », actionner l'établissement en exécution de la volonté du disposant ou faire prononcer la révocation de la libéralité non employée conformément à l'intention du disposant.

Les œuvres ont, avons-nous dit, leurs représentants légaux, leurs organes naturels dans des établissements publics ou d'utilité publique institués par la loi. Aucune difficulté lorsque le disposant adresse sa libéralité à ces établissements, aucune non plus lorsqu'il dispose directement au profit de l'œuvre ; dans ce cas encore, c'est l'établissement régulièrement institué pour repré-

senter cette œuvre qui accepte et recueille la libéralité. Mais que décider lorsque le disposant en adressant sa libéralité à une œuvre quelconque, a nommé un intermédiaire autre que l'établissement compétent pour exécuter ses volontés et faire profiter l'œuvre de sa disposition ? — Cette disposition vaudra-t-elle comme elle a été faite, sans aucune modification ? En principe nous n'hésitons pas à répondre : Non. Les dispositions de la nature de celles dont nous nous occupons, sont assurément très dignes de faveur, la loi doit les encourager ; mais *dans une juste mesure et sans nuire aux intérêts légitimes de la famille et de la société.* C'est pour cette raison que la loi réserve à l'État, protecteur tout à la fois de l'intérêt des œuvres et des droits des familles, un droit de contrôle et de surveillance à l'égard de ces dispositions (art. 910 et 937). Or ne doit-on pas craindre que le choix d'un intermédiaire autre que celui désigné par la loi, ne devienne un moyen facile d'éluder la nécessité de l'autorisation prescrite par les articles 910 et 937, et par conséquent d'échapper à la surveillance de l'État ? Mais cette question demande à être examinée de plus près.

L'intermédiaire choisi par le disposant peut-être ou une personne physique et capable, ou un établissement non reconnu ou encore reconnu, mais autre que celui qui a compétence pour représenter l'œuvre gratifiée et accepter la libéralité. Que doit-il arriver dans chacun de ces cas ?

Une personne meurt en laissant un testament par lequel elle nomme une personne son légataire universel, à la charge d'employer les biens qu'elle laisse, en tout ou en partie *au profit des pauvres* ou *en bonnes œuvres* ; que deviendra cette disposition? Les héritiers du testateur sont-ils fondés à en demander la nullité comme étant faite au profit de personnes incapables ou incertaines ? Le bureau de bienfaisance ou le maire (à Paris l'administration de l'assistance publique) n'ont-ils pas le droit d'intervenir et de demander que le legs leur soit attribué en qualité de représentants légaux des pauvres réellement gratifiés? n'ont-ils pas tout au moins le droit d'intervenir pour surveiller l'exécution de la disposition dans l'intérêt de ceux qu'ils représentent ? Enfin le gouvernement ne doit-il pas dans tous les cas, être appelé à donner ou à refuser son autorisation à l'exécution de cette disposition ? Toutes ces questions sont assurément très graves.

Les auteurs décident généralement que ces dispositions contiennent moins un legs direct fait aux pauvres qu'une charge imposée au légataire universel (Taulier, t. IV, p. 37 ; Bayle — Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, note *b* de la p. 581 ; Troplong, *Donat.*, n° 550 et suiv.). On invoque volontiers à l'appui de cette opinion, de nombreux monuments de notre ancienne jurisprudence, notamment plusieurs arrêts de parlements cités par Troplong (*loc. cit.*, n° 550), qui ont déclaré valables des legs déposés entre les mains de curés pour être

distribués aux *œuvres pitoyables.* Troplong (nº 558) ajoute qu'il n'y a pas d'autorisation nécessaire quand nulle corporation, nul établissement public n'est gratifié et que tout se ramène à un mandat à donner à l'exécuteur testamentaire pour un emploi pafaitement légitime.

Quant à l'argument historique tiré des décisions de notre ancienne jurisprudence, il est peu concluant. A cette époque l'assistance publique était loin d'être organisée comme elle l'est aujourd'hui. Nous n'y rencontrons pas, comme aujourd'hui, ces établissements publics ou d'utilité publique, aux attributions parfaitement définies consacrant leurs soins, sous la surveillance de l'État, au soulagement et à l'instruction des pauvres.

Quant au second argument qui consiste à considérer la disposition comme une charge apposée, au profit des pauvres, au legs universel, nous y répondons par le principe, qui nous paraît très certain, que nous avons déjà posé : toute charge, pour être valable, suppose la capacité de celui au profit duquel elle est constituée, au moment où son droit s'ouvre, c'est-à-dire au moment du décès du testateur. La différence qu'on a essayé d'établir à cet égard entre le legs et la charge ne nous paraît pas juridique. Or les pauvres sont-ils capables au moment où s'ouvre leur droit à la charge, établie à leur profit, c'est-à-dire au moment du décès du testateur ? Oui sans doute, mais par l'intermédiaire de leurs représentants légaux ; c'est donc entre les mains de ceux-ci que la charge doit être exécutée, tout au moins doivent-ils pou-

voir intervenir pour accepter, avec l'autorisation du gouvernement, la libéralité adressée à ceux qu'ils représentent et en surveiller l'exécution.

L'argument que nous combattons a conduit la jurisprudence à une doctrine qui, tout en se réclamant d'un principe dont elle ne serait que l'application exacte à toutes les espèces qui se sont présentées, ne nous paraît être à nous qu'une série de décisions contradictoires. Ainsi un arrêt de la Cour suprême du 16 juillet 1834 (Dalloz, 1834, 1, 390) décide « qu'il est bien permis à un mourant qui ne peut prévoir quels sont les malheureux qui auront les plus grands besoins, de s'en rapporter à une ou deux personnes par lui désignées pour distribuer ses dons » ; et la Cour ajoutait qu'il n'y a pas lieu en pareil cas d'exiger l'autorisation gouvernementale « puisque le legs n'est fait ni à une commune, ni aux pauvres d'une commune ni à un établissement public, mais qu'il est destiné à des prières et à de bonnes œuvres, et, *non attribuable* spécialement à un corps ou à un établissement, ***mais laissé à l'arbitrage des exécuteurs testamentaires, arbitrio boni viri, qui doivent faire la répartition suivant les besoins et les circonstances.*** » — (Nous ne recherchons pas pour le moment si une semblable disposition ne présente pas tous les caractères d'une disposition avec faculté d'élire pour le légataire direct et si cette faculté n'est pas prohibée par le Code). — Un autre arrêt du 26 novembre 1828 s'était prononcé dans un sens opposé. — Mais un arrêt de la Cour de Colmar

du 10 janvier 1839 (*J. P.* 1848, 1, 367) décide « qu'un testateur peut valablement *léguer* aux *pauvres* une *rente perpétuelle* et s'en référer pour la distribution à certaines personnes désignées *sans que l'autorité municipale ait le droit d'intervenir du moment où il ne s'agit pas nommément des pauvres d'une commune.* » — Mais la Cour de Douai dans un arrêt du 11 février 1845 (Sir. 1845, 2, 273), a considéré que « les legs faits aux curés de deux paroisses et à l'aumônier d'un hospice pour être distribués aux pauvres d'une circonscription ou d'un établissement déterminé, *étaient en réalité faits a ces pauvres et non aux intermédiaires désignés et que par conséquent, l'autorité administrative avait le droit de prende les mesures nécessaires pour régler l'exécution de ces legs.* »

Que semble-t-il résulter de tous ces arrêts ? Que la jurisprudence n'est pas encore fixée sur la question qui nous occupe, qu'elle est flottante, indécise ? Certes, telle est la conclusion qu'on serait fondé à tirer, à la vue de tant de solutions contradictoires rendues sur des espèces, qui, en définitive, sont identiques. Cependant, quand on parcourt avec soin cette jurisprudence, on reconnait que sa doctrine consiste à distinguer entre le cas où la disposition constitue, dans l'intention du testateur, et dans la réalité plutôt une charge imposée au légataire universel (auquel cas l'intervention municipale peut être écartée), qu'un legs proprement dit fait aux pauvres par l'intermédiaire d'une personne désignée, la volonté du

testateur ne pouvant alors, avoir pour effet de soustraire ces pauvres à la tutelle de l'administration qui seule a qualité pour demander la délivrance du legs et pour assurer l'exécution du testament. Mais nous demandons sur quel fondement vraiment stable et juridique repose une pareille doctrine ; les espèces que nous avons parcourues autorisent-elles de semblables distinctions ? N'est-ce pas l'arbitraire du juge placé au-dessus des prescriptions de la loi ?

La réponse à cette jurisprudence, nous la trouvons parfaitement formulée et dans un sens en tous points conforme aux principes, dans une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets en date du 19 février 1817. (V. Durieu et Roche, *Rép. des établissements de bienfaisance*, t. II, p. 378). Nous croyons bon de donner ici des fragments de cette circulaire :

« Quelques différences d'opinion, dit le ministre, se sont élevées sur la question de savoir si l'autorisation du roi et l'intervention de l'administration sont nécessaires pour l'acceptation des donations ou legs faits à des personnes tierces, sous la condition d'en appliquer le montant aux pauvres ou à des établissements de charité. J'ai cru devoir, pour fixer ce point de jurisprudence, prendre l'avis du comité de l'intérieur du Conseil d'État, et, partageant entièrement l'opinion que le comité a émise sur la question dont il s'agit, je m'empresse de vous faire connaître les motifs sur lesquels elle repose et les principes qu'elle doit consacrer. — *Ce*

sont les articles 910 et 937, Code civil, suivant lesquels les dispositions entre vifs et par testament, au profit des hospices, des pauvres ou des établissements d'utilité publique, ne doivent avoir leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par le roi. Ces articles comprennent *sans aucune exception toutes les dispositions faites en faveur des pauvres ;* et si un testateur a nommé ou désigné une personne pour recueillir un legs et en distribuer le montant aux pauvres, *sa libéralité n'en est pas moins une disposition faite à leur profit.* — La formalité prescrite par les articles du Code civil l'est également *dans l'intérêt du gouvernement, dans l'intérêt des pauvres et dans celui des familles.........* Dans tous les cas, d'ailleurs, l'intervention du gouvernement ne peut qu'inspirer aux donateurs plus de sécurité pour l'accomplissement de leurs libéralités en faveur des pauvres, *dont cette intervention ne peut jamais changer ni modifier la destination et l'emploi,* lorsque les dispositions faites ne renferment rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs... »

La décision devrait être la même, alors que le disposant aurait formellement exclu l'autorité municipale dans le réglement et le mode d'exécution de sa disposition; une pareille clause constitue une condition illicite qui, aux termes de l'article 900, Code civil, doit être réputée non écrite.

La jurisprudence, toujours conforme à sa doctrine, décide que « la disposition testamentaire par laquell

un individu prescrit qu'une partie ou même la totalité de ses biens sera employée en messes et en prières, et désigne un exécuteur testamentaire chargé de pourvoir à cet emploi, ne constitue point une libéralité en faveur de la fabrique, ni en faveur d'aucun autre établissement public, et dès lors n'a pas besoin d'être autorisée par le gouvernement. (Cass, 13 juill. 1859, Sir. 1859, 1, 653; Rennes, 22 août 1861, Sir. 1862, 2, 38; Caen, 28 nov. 1865, Sir. 1866,2,264.) Nous déciderons au contraire, conformément à nos principes, que des dispositions de cette nature sont de véritables libéralités faites à l'Église dont elles encouragent et facilitent la mission et dont elles augmentent l'influence; qu'en conséquence; ces libéralités ne peuvent être soustraites au contrôle du gouvernement, et qu'elles doivent être acceptées par les fabriques, représentants légaux de l'Église, avec l'autorisation du gouvernement.

Avons-nous besoin d'insister maintenant pour montrer combien est contraire aux principes, la jurisprudence qui valide les dispositions par lesquelles une personne charge son légataire universel d'employer tout ou partie de ses biens à fonder un établissement destiné à certaines œuvres charitables ou pieuses et à le doter, en excluant expressément ou tacitement les représentants légaux de ces œuvres.

Les établissements d'utilité publique sont placés sous le contrôle et la surveillance de l'État. L'État doit donc intervenir pour apprécier le caractère d'utilité publique

d'un établissement projeté et en autoriser la fondation s'il y a lieu. Il ne suffit pas que le gouvernement puisse être appelé, une fois l'établissement créé, à le reconnaître comme établissement d'utilité publique ou à refuser de le reconnaître ; car, outre que l'établissement pourrait fort bien se passer de cette reconnaissance légale, on placerait de plus le gouvernement en présence d'un fait accompli qu'il n'aurait plus qu'à sanctionner sous peine de voir un établissement vivre et se développer à l'abri de tout contrôle et de toute surveillance à côté d'autres établissements qui, eux sont contrôlés et surveillés : « Il y a, disait le chancelier Pasquier devant la Chambre des pairs le 19 janvier 1827, il y a ici plus qu'une loi ; c'est un principe éternel et indépendant des lois positives que celui qui ne permet pas qu'une société quelconque *se forme* dans un État sans l'approbation des grands pouvoirs de la nation. »

Mais que dire du cas où l'intermédiaire choisi par le disposant pour faire parvenir sa libéralité à l'œuvre est un établissement non reconnu ? S'il n'est pas permis à un être physique et capable d'employer seul et sans contrôle à des œuvres charitables ou pieuses les biens qui lui ont été transmis à cet effet, comment accorder ce droit à une association que la loi ne reconnaît pas, qui n'a aucune existence à ses yeux, à un non être ?

Ces associations cependant ont élevé la prétention de recueillir ces libéralités et d'en faire l'emploi conformément à la volonté du disposant ; elles ont été même plus

loin, elles ont prétendu devoir profiter de toutes les libéralités qui leur étaient faites directement ou indirectement sous prétexte qu'elles n'étaient que des intermédiaires et que ces libéralités s'adressaient, dans l'intention du disposant, plutôt aux œuvres auxquelles elles consacrent leurs soins qu'à elles-mêmes. « A cette argumentation, disait Dupin, je réponds que c'est là une pure subtilité. Il faut toujours qu'une libéralité, quel qu'en soit l'objet, *aille se fixer sur la tête d'une personne capable de mettre la main dessus et d'en profiter. Faites un legs aux pauvres, ce legs va à la commune ou à son bureau de bienfaisance ; un legs aux malades, ce legs va à l'hospice du lieu.* » (Dalloz, 1861, 1,220).

Ces œuvres en effet, nous l'avons dit, sont légalement représentées par des établissements publics ou d'utilité publique, elles ne peuvent recevoir que par l'intermédiaire de ces organes légaux.

Dès lors de deux choses l'une : ou il résulte bien clairement des termes du testament ou de la nature de la disposition, que l'intention du disposant a été de qualifier l'œuvre par l'intermédiaire de l'association non reconnue, alors la disposition directe au profit de l'association n'est plus en réalité qu'une condition impossible apposée à une disposition très licite; on fait application de l'article 900, Code civil, la condition est réputée non écrite et la libéralité est acceptée par le représentant légal de l'œuvre gratifiée, comme si elle lui avait été adressée directement. Ou la volonté du disposant n'a

pas été de gratifier l'œuvre principalement, mais bien l'établissement non reconnu, et il a manifesté, de manière à ne laisser subsister aucun doute, son intention de subordonner le sort de la disposition à la condition qu'elle serait recueillie et employée par l'association non reconnue, dans ce cas, la disposition est radicalement nulle. Vainement l'association prétendrait qu'elle n'est pas le vrai bénéficiaire, qu'elle n'est qu'un intermédiaire au profit de l'œuvre. La vérité est que l'œuvre est *personne interposée* à l'égard de l'établissement non reconnu. La libéralité s'adresse au néant, elle ne peut produire aucun effet.

Dans le doute, sur la véritable intention du disposant nous estimons que le juge devra interpréter le testament dans le sens le plus favorable à la validité de la disposition, surtout s'il s'agit d'une œuvre charitable. Cela est conforme à la règle d'interprétation posée dans l'article 1157 : lorsqu'une clause est susceptible de deux sens on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun : « *potiùs ut valeant quam ut pereant.* »

Tels sont les vrais principes en cette matière. La jurisprudence administrative les a toujours consacrés (V. les avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État du 11 juill. 1849, *société de charité maternelle de Rouen*; 23 sep. 1856, *établissement protestant de Neuhoff*; 21 juill. 1858, *consistoire israélite de Bordeaux*.)

Un avis du 7 décembre 1858 résume la jurisprudence suivie tant sur le principe que sur son application.

Il s'agissait du legs d'une rente de 189 francs fait par une dame Leclerc à la crèche de St-Philippe du Roule, établissement non reconnu. Le préfet de la Seine demanda que le directeur de l'assistance publique fut autorisé à accepter ce legs au nom des pauvres mères du 1er arrondissement de Paris. La section de l'intérieur du Conseil d'État, consultée sur cette demande d'autorisation, émit un avis favorable dont nous détachons les considérants suivants :

« Considérant qu'aux termes de l'ordonnance régle-« mentaire du 2 avril 1817, c'est au maire qu'il appar-« tient d'accepter les dons et les legs faits pour le sou-« lagement et l'instruction des pauvres ;

« Que, dès lors, *l'autorité municipale est fondée à « réclamer l'autorisation d'accepter les legs faits à des « établissements non légalement reconnus, lorsque ces « legs portent évidemment le caractère de dispositions « faites au profit des pauvres* ;

« Considérant que l'extrême variété des circonstances « d'espèces doit conduire dans cette matière à des déci-« sions diverses ; . . . .

« Qu'en effet, le testateur, tout en désignant comme « légataire un établissement charitable non légalement « reconnu peut avoir employé des termes tels et être « entré dans des explications si formelles qu'aucun

« doute ne saurait s'élever sur l'intention qu'il avait de « gratifier de sa libéralité, non pas l'établissement cha- « ritable lui-même, en sa qualité personnelle, mais uni- « quement la classe spéciale d'indigents à laquelle l'éta- « blissement désigné consacre ses soins. . . . .

« Et qu'enfin le respect de la volonté des testateurs « et l'intérêt des pauvres doivent conduire à rechercher, « autant que possible, l'interprétation la plus favorable « à l'accomplissement du legs. »

(Voir sur cette question, de Baulny, *Rev. crit*, t. XIV, p. 237 et suiv. — Dufour, *Droit administratif appliqué*, t. V, n° 359 et suiv.) Il va sans dire qu'on ne doit tenir aucun compte de l'établissement non reconnu ; il ne peut donc être question de le faire intervenir pour participer à l'exécution de la volonté du disposant ou surveiller l'emploi de la libéralité. Son incapacité est absolue et radicale, il est inexistant, il ne peut donc tirer aucune conséquence de sa qualité de donataire ou légataire direct. Ne serait-ce pas violer la loi dans son texte et dans son esprit que de faire d'un établissement reconnu le *prête-nom* d'un établissement non reconnu ? Aussi l'administration a-t-elle grand soin de rédiger les décrets d'autorisation dans des termes qui, tout en exprimant clairement que la classe d'indigents qu'a eu en vue le disposant *profitera exclusivement* de sa libéralité, passent entièrement sous silence l'établissement non reconnu, ou qui, tout en le désignant, parce que cela est indispensable pour la clarté de l'acte, le font de manière

à ne créer aucun lien de droit entre l'établissement et l'administration.

Pourquoi faut-il que nous ayons à regretter que la jurisprudence civile ait méconnu ces principes ? — Un arrêt de la Cour de Caen, confirmé par arrêt de rejet de la Chambre des requêtes le 5 novembre 1866 (Dalloz, 1866, 1, 436) valide un legs à titre universel fait à l'établissement des *petites sœurs des pauvres*, établissement incapable ; le maire, en qualité de président du bureau de bienfaisance, intervenait au procès au nom et dans l'intérêt des pauvres gratifiés par l'intermédiaire de l'établissement incapable. La Cour de Caen repousse l'intervention du maire comme mal fondée, *parce que le testament ne contient pas legs universel de la succession en faveur de la généralité des pauvres de la ville de Caen...* et « *considérant en ce qui concerne les petites sœurs des pauvres, que si le legs qui leur est fait devait être considéré comme ayant lieu au profit de leur établissement, il serait sans doute frappé de caducité comme fait à un établissement incapable de le recevoir mais que tout démontre dans la cause que ce n'est point à l'établissement des petites sœurs, mais bien aux pauvres recueillis et soignés par elles, que l'abbé Varin a entendu attribuer les deux tiers de sa fortune... déclare valable le legs des deux tiers de la succession, lequel doit être considéré comme étant fait aux pauvres recueillis et soignés par les petites sœurs des pauvres à Caen...* »

Que devient dans ce système, cette incapacité radicale

et absolue, *cette inexistence* des établissements non reconnus, proclamée par la jurisprudence elle-même ?

N'est-il pas évident que ce n'est plus alors qu'une incapacité purement théorique, dépourvue de sanction et que la disposition de la loi n'est plus qu'une lettre morte, *telum imbelle sine ictu?* — il suffira en effet pour que les établissements non reconnus profitent en paix de toutes les libéralités qui leur seront faites, que le disposant adresse sa libéralité à l'œuvre à laquelle l'établissement consacre ses soins. Ce fidéicommis frauduleux qui cache une véritable interposition de l'œuvre au profit de l'établissement, est le manteau sous lequel la loi est impunément violée.

Enfin il nous reste à considérer le cas où l'intermédiaire choisi par le disposant est un établissement reconnu, mais autre que celui dans les attributions duquel rentre l'œuvre gratifiée. C'est, par exemple, un legs fait pour le soulagement et l'instruction des pauvres et le disposant l'adresse à la fabrique.Que décider ? — Pourquoi, — serait-on tenté de penser, — le legs ne vaudrait-il pas tel que le testateur l'a fait ? Est-ce que la fabrique n'est pas capable ? Est-ce que l'administration ne sera pas appelée à autoriser l'acceptation du legs ? — La réponse est facile. Nous savons que les établissements mêmes reconnus, n'ont qu'une existence relative, leur capacité est bornée à ce qui est nécessaire au besoin du service pour lequel ils sont institués ; ils sont inexistants, comme les établissements

non reconnus, pour tout ce qui ne rentre pas dans leurs attributions. N'y aurait-il pas une confusion vraiment fâcheuse des services, manifestement contraire à leur bonne gestion, si les établissements pouvaient empiéter sur les attributions les uns des autres? « Chaque établissement public, disent très bien MM. Durieu et Roche, doit se conformer à la la loi de son institution et se mouvoir dans la sphère qui lui est propre. S'il lui était permis d'en sortir, une fabrique pourrait être simultanément un établissement religieux, un établissement de charité, un établissement d'instruction, etc... et *vice versa*, un hospice pourrait perdre de vue la mission de charité qui lui appartient et se consacrer à tout autre service, » (*Répert. des établissements de bienfaisance*, v° *Libéralités*, n° 20).

Cependant la question fit plus de doute dans cette hypothèse que dans la précédente; la jurisprudence administrative fut quelque temps hésitante. Elle appliqua d'abord les vrais principes en refusant l'autorisation d'accepter lorsque le disposant avait tenté de substituer sa volonté à celle de la loi en faisant administrer le domaine des pauvres ou distribuer l'instruction publique suivant des modes différents de ceux que la loi a prescrit (V. avis du 12 avril 1837).

Mais le Conseil ne tarda pas à admettre un système transactionnel, connu sous le nom de *système de l'acceptation conjointe* parce qu'il consistait à autoriser simultanément l'établissement institué et celui qui

devait légalement recueillir la libéralité (V. avis du 4 mars 1841).

Ce système était purement arbitraire, il ne reposait sur aucun principe; il n'eut d'autre effet que de soulever des difficultés et des conflits entre les établissements acceptants, quant à l'exécution des volontés du disposant et à l'administration des biens légués. Aussi le Conseil ne tarda-t-il pas à revenir à sa première jurisprudence. (Avis des 14 janv. et 10 juin 1863.) Mais dans un avis célèbre du 8 mars 1873, le Conseil, abandonnant cette jurisprudence, si conforme aux principes, établit, comme règle générale, le droit pour l'établissement légataire, même incompétent, de recevoir seul la libéralité et d'en faire l'emploi indiqué par le disposant. C'était le renversement de toutes les doctrines admises depuis soixante-dix ans. Cette nouvelle doctrine n'était pas seulement contraire aux principes du droit, elle jetait le désordre et la confusion dans l'administration. Aussi n'eut-elle qu'une durée éphémère. Deux avis des 7 et 13 juillet 1881, reviennent aux principes tout d'abord consacrés par le Conseil d'État. (Voir sur ce point les détails très nettement exposés par M. Béquet, *Revue générale de l'administration,* année 1881, 3, p. 36.)

C'est aussi la jurisprudence admise dans les pays étrangers dont la législation civile est conforme à la nôtre. Nous citerons notamment un arrêt du 18 décembre 1885 de la Cour supérieure de justice du Luxem-

bourg qui décide que les établissements publics ne sont aptes à recevoir et à posséder que dans l'intérêt des services qui leur sont spécialement confiés par la loi et dans les limites des attributions qui en dérivent.

« Les bureaux de bienfaisance sont spécialement institués pour le soulagement des pauvres par des distributions à domicile et pour l'administration des biens des indigents ; ces attributions leur sont propres et ils sont appelés à les exercer à l'exclusion de tous autres établissements publics, notamment des conseils de fabrique qui ne sont pas institués dans un but de bienfaisance.

« Il s'ensuit que la clause d'un testament portant que le legs fait aux pauvres doit être administré par le conseil de fabrique avec charge exclusive d'en distribuer les revenus aux indigents de la paroisse est entâchée d'illégalité.

« Toute condition contraire aux lois étant, aux termes de l'article 900 du Code civil, réputée non écrite le legs fait aux pauvres sous une telle condition devient pur et simple. » (V. le journal *le Droit*, n° des 18-19 janvier 1886.)

SECTION II

De l'interposition de droit.

Le second alinéa de l'article 911 établit une présomption légale d'interposition dans certains cas et à l'égard de certaines personnes. Cela résulte très clairement des expressions : « *seront réputées...* » par lesquelles commence cet alinéa. — En principe, la fraude ne se présume pas, mais il y a des matières où la simulation est si commune et s'opère si souvent de la même manière que le législateur se voit réduit à adopter certaines circonstances comme constituant des présomptions de droit de la simulation. Le législateur est parti de cette donnée, fournie par l'expérience, que, pour gratifier l'incapable, on prenait comme donataires ou légataires apparents les plus proches parents de l'incapable, ceux qui, par suite des liens d'affection, d'intimité, de soumission et de dépendance qui les unissent à l'incapable, présentent au disposant les plus sûres garanties que ses intentions secrètes seront exécutées, sans qu'il ait besoin de les dévoiler ou même de les laisser pressentir, et le législateur a pris ces circonstances comme base de sa présomption, persuadé que si elle se trouvait parfois en défaut, elle ne serait que trop souvent conforme à la réalité. Ce serait donc une erreur de croire

que le fondement de la présomption de l'article 911, consiste dans cette idée que, quoique la libéralité s'adresse sérieusement au donataire ou légataire direct, l'incapable en retirera un profit indirect par voie de succession ou autrement. Les termes mêmes dans lesquels est conçu le second alinéa de l'article 911, la qualité des personnes qu'il répute interposées, prouve que le législateur n'a pas eu en vue cette hypothèse; il s'est refusé à croire que l'acte, que l'expérience des faits rendait aussi suspect, fut vraiment sérieux; il a présumé, au contraire, la simulation. Nous verrons cependant que le législateur dans un autre article (art. 1100) où il établit aussi une présomption d'interposition, a tenu compte de l'idée que nous venons de signaler. La présomption alors se fonde sur deux considérations : 1° Une présomption de simulation comme dans l'article 911; 2° l'idée qu'en supposant même la disposition franche et sérieuse, l'incapable pourra, par suite de certaines circonstances, en retirer un profit indirect.

La vraie nature de la disposition du second alinéa de l'article 911 et son fondement réel ainsi établis, nous avons à nous demander si cette disposition est de droit nouveau ou si elle n'est que la reproduction d'une ancienne règle.

Un point qui nous paraît très certain, c'est que le Droit romain ne connaissait pas de présomption d'interposition de la nature de celle que nous étudions; il ne contenait pas de disposition légale correspondant au

deuxième alinéa de notre article 911; l'interposition de personnes devait toujours être prouvée par celui qui l'alléguait « Fraus per interpositam personam adhibita contra legem *non prœsumitur nisi evidenter per obetur* » (L. XIII, t. XXXVI, § 10, D.). A moins qu'on ne veuille considérer comme une présomption d'interposition de personnes, la règle qui considérait comme devant profiter à l'incapable les libéralités adressées à ceux qui étaient sous sa puissance. Troplong rapproche cette règle de notre présomption et voit entre ces deux dispositions, une analogie intime. « Le fils, dit-il, *était considéré comme interposé pour son père s'il était in potestate. Le père était interposé pour son fils, s'il l'avait in potestate. Le frère était aussi considéré comme interposé pour son frère si l'un et l'autre était en puissance du même père* (L. 3, D. 5 et 6; L. 5, D. 2; L. 22, D. 16, D., *De donat. inter vir.* » Troplong, *Donat.*, t. II, nº 706).

Mais cette assimilation nous paraît être une erreur. La règle romaine que l'on signale n'établit pas du tout une présomption d'interposition analogue à celle de notre article 911, elle n'est que la conséquence des principes romains sur la puissance paternelle. A l'origine, le fils de famille représentait la personne même de son père et acquérait pour lui; plus tard, le père n'eut plus sur certains biens du fils qu'un droit d'usufruit, mais il n'en était pas moins vrai qu'il profitait en partie des acquisitions faites par le fils. Dès lors, quoi de plus

naturel que de considérer comme une donation indirecte faite au père incapable, la donation qui s'adressait directement au fils! Cette règle romaine n'établissait pas une présomption de simulation comme l'article 911, elle ajoutait foi à l'apparence de l'acte; mais comme le père incapable devait profiter indirectement de la donation adressée sérieusement au fils, elle devait traiter cette donation comme celle qui était faite directement au père incapable. Ce qui prouve bien que tel était le vrai fondement de la règle romaine, c'est qu'elle ne s'appliquait plus dès que la puissance paternelle venait à cesser. Troplong lui-même le constate : « *Mais ces présomptions de fraude et d'interposition cessaient*, dit-il, *aussitôt que les liens de la puissance paternelle étaient rompus* » *(loc. cit.)*. — C'est ainsi qu'on pouvait valablement donner au fils soldat, même non émancipé, parce que le père n'avait rien sur le pécule *castrense*. (L. 3, § 4, D., *De donat. inter vir. et uxor.*).

D'ailleurs, la loi 25 D., *De his quæ ut indig. aufer.* dit formellement que la parenté même au premier degré en ligne directe de l'héritier institué avec la personne incapable prohibée ne suffit pas pour prouver ou faire présumer le fidéicommis tacite : « *Taciti fideicommissi suspicionem solo ratio paternæ affectionis non admittit.* » La loi 49, D., *De donat. inter vir. et uxor.*, dit également que quand la donation est faite au fils émancipé et que le père ne doit en profiter ni en propriété ni en usufruit, le fils ne peut être considéré

comme personne interposée. Le fils donataire pouvait, en effet, s'être rendu digne de la donation, par les offices rendus au donateur, par l'amitié contractée entre eux et par le mérite particulier du donataire, ce que les lois présument toujours : « Non sine causa obveniunt sed ob meritum aliquod accedunt. » (L. 9, D., *Pro socio*). Il n'est donc pas naturel de présumer la fraude qui doit nécessairement être prouvée toutes les fois qu'elle est alléguée. (L. 18, § 1, D., *De probat.*). — Tel est incontestablement le système romain.

Quant à notre droit coutumier, il semble qu'il ait été partagé entre les principes romains et les préoccupations qui ont dicté au législateur du Code la présomptions de l'article 911.

Ce qui est certain, c'est que les coutumes de Paris (art. 276) et d'Orléans (art. 296), étendaient la prohibition de recevoir par donation ou testament prononcée par la déclaration de 1549 contre les *tuteurs, curateurs* et autres *administrateurs aux enfants* des incapables. Pothier explique ainsi cette extension : « La défense de la loi est étendue aux enfants des tuteurs et autres personnes prohibées ; autrement la loi serait toujours éludée, lorsque ces personnes auraient des enfants : *car l'affection paternelle nous faisant regarder comme donné à nous-mêmes ce qui est donné à nos enfants, ces personnes ne manqueraient pas de faire donner à leurs enfants ce que la loi leur empêche de se faire donner à elles-mêmes*. (Pothier, *Cout. d'Orléans,* tit. XVI, art.

CCXCVI, note 7, ajout. Ricard, part. 1, nos 710, 714, 717). La coutume de Normandie allait même plus loin en étendant la présomption d'interposition même à certains parents collatéraux du tuteur, quand ils étaient ses héritiers présomptifs (art. 439). Mais Furgole *(Questions sur les donations*, quest. XXXV, nº XLIX et suiv.) dit avec raison que les décisions de ces coutumes sont exceptionnelles, exorbitantes, contraires à l'ordonnance de 1549 et ne doivent par conséquent pas être étendues au-delà de leur ressort. Suivant cet auteur, le droit commun des pays de coutumes c'est la doctrine romaine telle que nous venons de la constater. Aussi Furgole déclare qu'en général le fils ne doit pas être présumé au profit de son père tuteur, à moins que celui-ci ne doive profiter de l'usufruit des biens donnés (nº LVI). — On doit rejeter, dit-il, la présomption parce que la loi étant pénale, on ne doit pas l'étendre d'une personne à une autre : *Non sit extensio de persona ad personam.*

Furgole réfute l'argument qu'on pouvait tirer de ce que le père, pouvant être appelé à succéder à son fils, retirera indirectement un profit de la donation ; cette circonstance est trop éloignée, dit-il, pour faire annuler la donation, parce que, selon l'ordre de la nature, le fils doit survivre à son père, et, si le contraire arrive, ce n'est que *turbato ordine mortalitatis.* — Ainsi, suivant Furgole, les donations faites aux enfants de la personne prohibée ne sont annulées qu'autant que le père peut en tirer quelque profit *jure patriæ potestatis;*

dans le cas contraire, la donation est valable et on ne peut invoquer l'interposition de personnes, à moins de la prouver.

Même décision en ce qui concerne les donations faites au conjoint de la personne prohibée. Furgole cite, il est vrai, des auteurs (Charondais, *Résolut. des quest.*, part. I, tit. XXIII, chap. VII; Claude Henris, t. I, liv. V, quest. 30); qui décidaient que le conjoint devait toujours être présumé interposé parce que « le mari et la femme sont si intimement unis, qu'aux termes de l'Écriture sainte ils sont une même chair *duo in carne unâ* et que cette union doit être regardée comme une présomption suffisante de fraude. » Mais Furgole pense avec raison qu'il faut distinguer : ou le mari profite de la libéralité faite à la femme, comme s'il y a société ou communauté entre eux, ou si en se mariant la femme s'est constituée en dot tous ses biens présents et à venir, auquel cas la donation serait nulle ; ou bien le mari ne profite en aucune façon de la libéralité faite à sa femme, alors il n'y a pas lieu de présumer que la femme soit une personne interposée ni de déclarer la donation nulle. Furgole cite un arrêt de Parlement du 12 juillet 1670 rapporté par Ferrières sur la *Coutume de Paris*, article 276, glose 1, n° 18, qui décide ainsi en faveur de la femme d'un médecin. Il cite même un autre arrêt du 9 décembre 1606 rapporté par Bouquier, lettre D, chapitre XI, qui est allé plus loin encore en jugeant que le mari ne pouvait être considéré comme personne interposée à

l'égard de sa femme, personne prohibée, quoique la femme dût profiter de la moitié de la libéralité par suite de la communauté. — Tel était aussi le sentiment de Pothier lui-même qui n'admettait l'extension au conjoint de la disposition des article 276 de la *Coutume de Paris,* et 296 de celle d'Orléans relatives aux enfants, qu'autant que la personne prohibée profiterait indirectement de ce qui serait donné à son conjoint (*Cout. d'Orléans,*, tit. XVI, art. CCXCVI, note 7).

Enfin quant aux ascendants de l'incapable, Furgole et Pothier *(loc. supra, cit.)* décident tous deux que les libéralités qui leur sont faites doivent être frappées de la prohibition légale et toujours par application du même principe : que l'incapable en profite indirectement « soit, dit Furgole, par l'espérance de la succession, soit à cause du droit de légitime qui doit lui appartenir sur les biens de ses ascendants, lorsqu'il se trouve au premier degré, et il n'y a pas lieu de dire qu'il y a incertitude, si le fils tuteur décédera plus tôt ou plus tard que son père ou sa mère donataire parce que, selon l'ordre de la nature, le fils doit survivre à ses ascendants et que les choses doivent se régler selon ce qui arrive le plus communément ».

On peut donc conclure avec certitude des observations qui précèdent, qu'à part les *Coutumes* de Paris et d'Orléans qui établissaient à l'égard *des enfants seulement* de l'incapable une présomption d'interposition analogue à celle établie par notre article 911, le droit com-

mun de notre ancienne jurisprudence était que les donations faites aux *enfants* et au *conjoint* de l'incapable n'étaient pas censées faites à l'incapable lui-même, mais qu'il fallait en apporter la preuve ; que seulement, conformément à la doctrine romaine, la prohibition de la loi atteignait ces donations, lorsque par suite de certains rapports entre les personnes gratifiées et l'incapable, celui-ci tirait quelque profit de la disposition.

A certains égards, donc, la présomption de l'article 911 est de droit nouveau.

Les personnes réputées interposées par cet article 911 sont :

1° Le père et la mère ;

2° Les enfants et descendants ;

3° L'époux.

Trois conséquences importantes et qui rendent compte de toutes les questions qui s'élèvent sur cette matière, résultent de ce principe que la seconde disposition de l'article 911 établit une présomption *juris* et *de jure* d'interposition ; ces conséquences sont :

1° Que cette disposition doit être entendue strictement sans qu'on puisse l'étendre à d'autres personnes que celles qui sont énumérées par la loi ;

2° Que cette présomption dispense de toute preuve et n'admet aucune preuve contraire si forte qu'elle puisse paraître (art. 1352);

3° Que la présomption de l'article 911 ne frappe pas la personne réputée interposée d'une véritable incapacité

personnelle. La loi, en effet, n'annule la libéralité que parce qu'elle se refuse à voir dans le donataire ou légataire apparent un bénéficiaire sérieux, c'est donc en considération de la personne incapable que le donataire ou légataire direct ne peut retenir la libéralité qui lui est faite. Faisons l'application de ces principes aux différentes personnes énumérées par l'article 911.

1° *a*) *Les père et mère.* — La loi ne parle que des père et mère, on ne pourrait donc sans sortir des termes de l'article 911 et par conséquent sans violer l'article 1350 comprendre dans ces expressions les autres ascendants de l'incapable.

Cependant Delvincourt (t. II, p. 60, note 1), pense que par analogie de motifs, la présomption d'interposition établie à l'égard du père et de la mère doit être étendue aux ascendants d'un degré plus éloigné. Nous répondons que l'analogie, surtout quand elle est contestable (et celle-là l'est assurément) ne peut suffire pour étendre une présomption légale qui doit avoir pour effet d'entraîner la nullité d'un acte. — Mais nous ne faisons aucune difficulté d'admettre *qu'en fait* l'interposition de personnes se présumera plus facilement à l'égard d'un ascendant qu'à l'égard d'un étranger ou même d'un parent collatéral. — Mais, la loi ne distinguant pas, la présomption s'applique aussi bien aux père et mère naturels qu'aux père et mère légitimes. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes sur ce point. (V. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note e, p. 606; Mourlon,

Rép. écr., t. II, p. 239; Coin-Delisle, art. 911, n° 15; Demolombe, t. XVIII, n° 655 et 656; Aubry et Rau, t. VII, n° 650 *bis*, note 10. — Metz, 10 août 1864, Sir., 1865, 2, 64; Cass. civ., 30 janv. 1883, Journal *La Loi*, n° du 3 févr. 1883; Cass., 22 janv. 1884, Sir. 1884, 1, 227).

Il en serait ainsi alors même que l'enfant serait seulement conçu. (Paris, 26 avril 1833, Sir. 1833, 2, 421; 4 mai 1840, Dall. 1840, 2, 186). Cette décision peut paraître rigoureuse; on pourrait objecter que la fiction qui répute né l'enfant simplement conçu n'a été édictée que dans son intérêt, que, dès lors on ne peut la retourner contre lui. — Mais, outre que la loi serait très souvent éludée si l'on décidait autrement, la combinaison des articles 725, 906, 908, avec la jurisprudence qui permet de reconnaître un enfant avant qu'il soit né, nous paraît devoir imposer cette solution.

On a essayé d'introduire une distinction entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins ou incestueux. Les premiers, a-t-on dit, pouvant succéder à leurs parents, ceux-ci peuvent être considérés comme personnes interposées à leur profit, les seconds au contraire, n'ayant aucun droit sur la succession de leur père et mère et ne pouvant prétendre qu'à des aliments, il n'y a plus de raison pour les considérer comme les véritables bénéficiaires des libéralités faites par l'un de leurs parents à l'autre; ils ne peuvent en effet rien recevoir par personnes interposées au delà de ce à quoi

ils ont droit. Toullier traite avec raison cette distinction de subtile (t. III, n° 78). On part de ce point de vue faux que la loi regarde la faculté de succéder comme le fondement de la présomption d'interposition; or, il suffit de lire l'article 911 pour se convaincre du contraire. L'époux, en effet, n'est héritier que dans des cas très rares et cependant la loi le répute toujours personne interposée. De même, la faculté de succéder des père et mère est moins grande que celle des frères et sœurs, pourtant la loi répute personnes interposées les enfants et descendants de l'incapable et non ses frères et sœurs. D'ailleurs les expressions *enfants naturels* de l'article 908 comprennent aussi bien les *enfants adultérins* ou *incestueux* que les *enfants naturels simples*, puisqu'il renvoie au titre des successions où il est question, non pas seulement des enfants naturels simples mais aussi de ceux qui sont le fruit de l'adultère ou de l'inceste ; et quant à l'article 911 il se réfère évidemment à l'article 908 quand il annule les dispositions faites au profit d'incapables par personnes interposés. (Lyon, 25 mars 1835, Sir. 1835, 2, 241 ; Demolombe, XVIII, n° 656 ; Aubry et Rau, t. VII, § 650 *bis*, note 10) — Mais il reste entendu que la parenté adultérine ou incestueuse ne peut servir de base à la présomption d'interposition qu'autant que cette parenté se trouve légalement constatée. Or on sait que la loi refuse tout effet à la reconnaissance de l'enfant adultérin ou incestueux et une jurisprudence très importante par le nombre et

l'autorité de ses documents et entièrement conforme aux principes, ne permet pas qu'une reconnaissance directe et volontaire de l'enfant puisse être invoquée ni contre l'enfant ni à son profit. (V. *Dall.*, *V° Pat.* et fil. n°s 718, 1° et 725, 5°).

b) *Enfants et descendants.* — Ces expressions comprennent évidemment tous les enfants et descendants légitimes, majeurs ou mineurs, soumis ou non à la puissance paternelle.

Nous croyons qu'on doit y comprendre aussi les enfants adoptifs; la parenté adoptive, en effet, imite la parenté légitime et en produit tous les effets toutes les fois que la loi n'en a pas décidé autrement. (V. Demolombe, t. XVIII, n° 654.)

La doctrine et la jurisprudence décident avec raison que les enfants naturels sont également compris dans cette formule générale *enfants et descendants.* Cependant Demante enseigne le contraire par ce motif que « dans le langage du législateur, les titres de famille ne se rattachent jamais qu'à la filiation légitime quand la loi n'en fait pas elle-même l'application à la filiation naturelle (arg. des art. 158 et 183). » (Demante, *Cours analy.*, t. IV, n° 32 *bis*, VII.)

Cependant la loi ne distingue pas et *ubi lex non distinguit ibi nec nos distinguere debemus.* D'ailleurs les considérations qui servent de base à la présomption de l'article 911, n'autorisent non plus aucune distinction.

c) *L'époux.* — La loi ne parle que de l'époux; il ne

pourrait donc être question d'étendre la présomption de l'article 911 à celui qui n'est que futur époux. Cependant un arrêt de la Cour de Lyon a décidé autrement pour le cas où la donation serait faite au futur époux dans le contrat de mariage passé avec l'incapable. (Lyon, 24 nov. 1860, Sir. 1861, 2, 422.) MM. Aubry et Rau semblent admettre le bien fondé de cette décision. (T. I, p. 680 *bis*.) D'autres auteurs (Grenier, t. I, nº 133) vont encore plus loin dans la voie des analogies et pensent qu'on devrait suivre encore aujourd'hui l'ancienne jurisprudence suivant laquelle la fiancée d'un incapable était présumée personne interposée, surtout dans l'intervalle de la publication des bans à la célébration du mariage. Mais on ne saurait méconnaître que ce sont là des extensions abusives de la seconde disposition de l'article 911. Cet article établissant une présomption doit, nous le répétons, être entendu très strictement.

Or la loi parle de l'époux et il est impossible de faire entrer dans cette expression l'idée de futur époux. Grenier affirme, il est vrai, que les considérations qui ont fait anciennement admettre cette prohibition n'ont pas cessé d'exister. Cependant on peut répondre que cette sorte de lien que les fiançailles créaient autrefois entre les futurs époux n'est pas reconnu par nos lois nouvelles. (V. Coin-Delisle, art. 911, nº 16; — Troplong, 1, 2, nºˢ 721 et 722. — Dalloz, *Disposit. entre vifs*, nº460.)

Mais si les termes de l'article 911 nous forcent à appliquer la présomption qui y est établie à ceux qui ont la

qualité d'époux, c'est d'une façon absolue que cette présomption doit leur être appliquée. Nous ne croyons donc pas qu'on puisse faire exception pour l'époux séparé soit de biens seulement, soit même de corps et de biens. La loi en effet ne distingue pas. Sans doute, il arrive parfois que des motifs spéciaux font admettre dans certains cas, malgré la généralité du texte de la loi, des distinctions entre les époux séparés et les époux non séparés, et l'on pourrait dire dans notre espèce que le motif sur lequel est basée la présomption légale d'interposition perd beaucoup de sa force par l'effet de la séparation de corps; cependant nous ne croyons pas qu'on puisse introduire des distinctions qui répugnent à la précision du texte de la loi dans une matière où, comme dans la nôtre, tout est de droit strict. Cela est particulièrement vrai dans cette matière spéciale qui, suivant l'expression de Furgole *est pleine de fraudes.* (Furgole, chap. VI, sect. III, n° 225. — (V. aussi Demolombe, t. XVIII, n° 658.)

Enfin la présomption légale de l'article 911 ne pourrait être appliquée à la personne qui vivrait avec l'incapable en état de concubinage.

Il est certain également que les alliés, même en ligne directe, ne peuvent être compris au nombre des personnes présumées interposées.

On ne saurait enfin faire entrer dans le champ d'application de l'article 911, les parents quelconque dont l'incapable serait héritier présomptif, si ces parents ne

sont pas mentionnés par l'article 911 au nombre de ceux que la loi répute personnes interposées.

Il en est autrement, nous le verrons, relativement aux libéralités entre époux et l'article 1100 considère comme personnes interposées au profit d'un époux *les parents dont cet époux est héritier présomptif au jour de la donation*. Mais c'est là une décision spéciale, qui se recommande par des considérations d'un ordre tout particulier, et qu'on ne pourrait étendre sans abus au cas qui nous occupe. Malgré l'affinité qui peut exister entre l'article 911 et l'article 1100, ces deux articles règlent des situations entièrement différentes. Nous verrons plus loin les motifs de cette différence. Mais il est certain que ces articles ne sauraient ni se compléter ni se restreindre l'un par l'autre, on doit laisser à chacun d'eux son champ d'application spécial et distinct.

Ce n'est pas, en effet, (c'est un point que nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de faire ressortir) sur la faculté de succéder que la loi s'est basée pour établir la présomption légale édictée dans l'article 911 ; elle a surtout considéré les biens d'affection, d'intimité, de soumission et de dépendance et la communauté des intérêts.

II. La présomption d'interposition dispense, avons nous dit, de toute preuve celui qui l'invoque et n'admet aucune preuve contraire. Cela résulte évidemment de l'article 1352 ; la présomption de l'article 911 est

bien en effet une de ses présomptions sur le fondement desquelles la loi annule certains actes.

Aucune présomption de fait si forte qu'elle soit ni même aucune preuve manifeste ne pourrait être invoquée à l'encontre de cette présomption. — C'est donc en vain que l'incapable renoncerait par acte authentique à recueillir directement ou indirectement le bénéfice de la disposition qui aurait été faite à une personne réputée interposée : cette renonciation suspecte en faite ne serait en droit, disait Ricard, d'aucune considération (Ricard, part. 1, chap. III, sect. XVI, n° 741. — Ajout. Demolombe, p. 18, n° 672 et suiv.) — On ne saurait non plus rien inférer de ce que la libéralité faite à la personne interposée consiste dans un droit d'usufruit ou de rente viagère. Des auteurs recommandables (Bazeille sur l'art. 911, n° 5 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. 1, n° 133, note b). ont pensé cependant que la présomption d'interposition devait céder dans cette hypothèse, par ce motif que la nature toute personnelle de la libéralité qui ne permet pas qu'elle soit transmise à l'incapable, atteste d'une façon évidente que le disposant n'a eu en vue que la personne même du bénéficiaire nominal. Mais cette doctrine nous semble tout à fait erronée. D'une part, en effet, il est évident que si cette libéralité était faite directement à l'incapable elle serait nulle ; d'autre part, elle n'est pas si personnelle au donataire ou légataire nominal qu'on ne puisse concevoir qu'elle soit transmise à

l'incapable. Ne pourrait-elle pas lui être cédée par la personne interposée, et, en admettant même qu'elle ait été frappée d'incessibilité par la disposition même, ne conçoit-on pas une foule d'autres moyens détournés par lesquels le bénéfice de ce droit passerait de la personne interposée à l'incapable ? — D'ailleurs la combinaison des articles 1352 et 911 suffit à elle seule pour faire rejeter cette doctrine... La présomption de l'article 911 est indépendante du plus ou moins de vraisemblance dans les cas particuliers, du motif général sur lequel elle est basée (Cass. civ., 30 janv. 1883, S. 1883, 1, 193; id. 1884, S., 1884, 1, 227).

Ce caractère irréfragable de la présomption de l'article 911 a paru très dur dans son application. On a regretté que le législateur n'ait pas réservé la preuve contraire pour le cas où il apparaîtrait clairement en fait que le disposant a voulu donner au parent de l'incapable et non à celui-ci (V. Duranton, t. VIII, nº 268).

Nous convenons que cette disposition est particulièrement rigoureuse quand il existe entre le disposant et la personne présumée interposée des causes sérieuses d'affections ; tel serait le cas où le parent du tuteur serait aussi parent à un degré très proche du mineur, ou celui où la personne présumée interposée est l'auteur d'un enfant naturel dont le disposant est aussi l'auteur. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que les dons entre concubins ne sont pas interdits (Tou-

louse, 28 avril 1880, S. 1882, 2, 222); cependant, en fait, par suite de l'application du second alinéa de l'article 911 ces dons deviennent impossibles quand il existe un enfant commum qui a déjà reçu l'équivalent de sa part *ab intestat*.

Toutes ces considérations nous paraissent assurément très fortes, mais la loi est formelle et nous ne pouvons que l'appliquer. Ces considérations, d'ailleurs, s'appliquent généralement à toutes les présomptions légales et il est impossible qu'il en soit autrement. La loi répute toujours vrais des faits qui peuvent l'être souvent, mais qui ne le sont pas toujours, il en résulte parfois que des intérêts très légitimes sont froissés, mais le législateur a pensé qu'il fallait avant tout assurer le respect dû à la loi, pour cela il a cru qu'une présomption légale et irréfragable de fraude était nécessaire dans des circonstances où la fraude était si fréquente et si facile ; il a craint qu'autrement les prohibitions qu'il édictait ne fussent facilement éludées.

Il ne faut point d'ailleurs exagérer ce principe de l'inadmissibilité de la preuve contre la présomption légale, l'article 1352, *in fine*, fait exception pour l'aveu et le serment. Les auteurs reconnaissent généralement que lorsqu'il n'y a qu'un intérêt privé et pécuniaire en cause, la présomption légale doit céder devant l'aveu ou le serment de la partie intéressée, nous croyons qu'on devrait faire application dans notre cas de ce tempérament.

III. Enfin la troisième proposition qui résulte du texte de l'article 911, c'est que cet article ne frappe pas la personne présumée interposée d'une véritable incapacité personnelle. Tout au contraire, la personne présumée interposée est parfaitement capable d'après le droit commun de recevoir du disposant (art. 902). C'est par suite d'une qualité accidentelle et étrangère, dit Ricard (part. 1, n°s 474 et 768), que cette personne se trouve frappée d'une présomption d'interposition, mais, ajoute cet auteur, *cette qualité est sujette à changement et ne produit plus d'effet dès qu'elle cesse de subsister*. C'était, du reste, l'opinion de tous nos anciens auteurs. (Voir Pothier, *sur l'article CCXCVI de la cout. d'Orléans*, n° 7; *Traité des donat. entre mari et femme*, part. 1, chap. II, art. 4, n° 117). — C'est aussi la doctrine nouvelle. (Cass., 13 avril 1840, Sir. 1840, 1, 440; Cass., 7 fév. 1849, Dall. 1849, 1, 72; Orléans, 8 fév. 1855, Sir. 1855, 2, 138. — Ajout. Aubry et Rau, t. VII, p. 53, note 19). — La loi considère que le véritable bénéficiaire de la libéralité est, non le donataire ou légataire nominal, mais l'incapable lui-même et c'est pour cela qu'elle annule la disposition. C'est ce que décidait déjà le Droit romain et le jurisconsulte Marcellus exprimait cette idée en disant: « *Observatur ut, omissa persona interposita, capientis tantum persona spectatur.* » (L. 57, D., *ad. leg. Falc.*).

Aussi la présomption d'interposition devra-t-elle être déclarée inapplicable, malgré le texte qui ne distingue pas, dans tous les cas où il y aura impossibilité absolue

pour l'incapable de profiter de la disposition. Tel serait le cas où le don aurait été fait à l'enfant de l'incapable *après la mort de celui-ci.*

Pour la même raison, nous croyons qu'on devrait déclarer valable la disposition faite, même du vivant de l'incapable, à une personne réputée interposée, pourvu que, s'il s'agit d'un legs l'incapable fut décédé avant le testateur, ou que, s'il s'agit d'une donation entre vifs elle ne fut acceptée et exécutée par le donateur au profit du donataire apparent qu'après le décès de l'incapable. — Peut-être pourrait-on faire subir une restriction à cette proposition pour le cas où il s'agirait d'un legs et où l'incapacité serait fondée sur la présomption d'un abus d'influence ou d'ascendant qui vicierait non seulement les dispositions faites au profit de l'incapable lui-même, mais encore celles qui auraient été adressées à son époux ou à l'un de ses proches parents, tel serait, par exemple, le cas de l'incapacité du tuteur ou du médecin. En tous cas, cette restriction ne pourrait s'étendre aux donations par cette raison que le donateur en exécutant la donation est censée l'avoir renouvelée en pleine liberté d'esprit, tandis qu'on ne saurait attacher la même présomption au seul défaut de révocation d'un testament. (Demolombe, XVIII, 664 et 665.)

Enfin de cette idée que l'impossibilité où se trouve la personne présumée interposée de recevoir la libéralité qui lui est adressée est accessoire et secondaire, et dépend de l'incapacité d'une autre personne à qui la libé-

ralité est présumée faite en réalité, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir de présomption légale d'interposition quand, au moment où l'acte est passé, il n'y a point d'incapacité dont on puisse se proposer d'éluder les effets. C'est ce qu'exprime fort bien M. Demolombe en prenant pour exemple le cas du testateur qui, en pleine santé, institue pour légataire le fils d'un médecin et est soigné ensuite par le père pendant sa dernière maladie. Il est évident que ce testateur a fait une disposition valable et que le légataire pourra recueillir le legs. En effet, dans l'espèce, le légataire nominal n'était pas incapable personnellement de recevoir à l'époque de la confection du testament; il n'en pouvait être empêché que par application de l'article 911 qui le réputerait interposé au profit de son père, médecin du disposant. « Mais d'une part, en droit, dit M. Demolombe, il ne saurait y avoir d'interposition de personne au profit d'un incapable, là où il n'y a pas d'incapable; et, d'autre part, en fait, au moment où le testament a été fait le père du légataire n'était pas incapable. Donc, à ce moment, le légataire ne pouvait être considéré comme une personne interposée. » (Demolombe, t. XVIII, n° 669.)

L'application de cette idée, généralement admise en doctrine et en jurisprudence, a fait récemment devant les tribunaux l'objet d'une question qui divise la jurisprudence. Cette question est celle de savoir si la présomption de l'article 911 est applicable quand la reconnaissance de l'enfant naturel par son auteur est

postérieure à la libéralité faite au profit de ses père et mère ou de ses descendants ?

Cette question peut s'élever et s'est effectivement élevée en jurisprudence dans deux hypothèses distinctes.

1° Quelqu'un fait un testament dans lequel il lègue toute sa fortune à un autre; postérieurement à la confection du testament, il reconnaît le père de son légataire pour son enfant naturel; puis il meurt laissant un héritier légitime. Celui-ci peut-il, en s'appuyant sur la reconnaissance du père du légataire universel comme fils naturel du testateur, demander la nullité de la disposition en vertu de la présomption d'interposition de l'article 911 ?

2° *Primus* lègue à *Secundus,* son fils naturel, la moitié de sa fortune et il lègue ou donne entre vifs à *Titia* l'autre moitié. *Primus* décède, laissant un héritier légitime et, après sa mort, *Titia* reconnaît *Secundus* pour son enfant naturel. La donation entrevifs ou le legs fait à *Titia* et recueilli par elle peut-il être attaqué comme fait à l'enfant naturel du donateur ou testateur par personne interposée ?

Le jurisprudence a eu occasion de statuer sur les deux espèces et a rendu des arrêts dans les deux sens (V. Cass., req. 28 mai 1878, Sir. 1879, 1, 337, avec observations de M. Labbé et Dalloz, 1878, 1, 401, avec observations de M. Beudant ; — Cass. civ., 30 janv. 1883, Sir. 1883, 1, 193, observations de M. Labbé ; — Paris, 9 fév. 1883 et Cass. civ., 22 janv. 1884, Sir. 1884,

1, 227; — Cour d'Orléans (ch. réun.), 5 fév. 1885, journal *le Droit*, 22 nov. 1885; — Ajout. Passez, journal *la Loi*, nos des 23-24 avril 1883.)

Dans l'espèce de l'arrêt de 1878, la filiation naturelle du père de la légataire à l'égard de la testatrice avait été reconnue postérieurement à la confection du testament. Cet arrêt a jugé par rejet d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nîmes qu'il ne pouvait y avoir lieu en ce cas d'appliquer la présomption d'interposition de personne, puisque au moment où l'acte a été fait, l'enfant naturel n'étant pas encore reconnu, il n'y avait pas d'incapacité dont on pût se proposer d'éluder les effets.

Les autres arrêts précités ont été rendus dans la seconde des hypothèses que nous avons posées, celle où la reconnaissance émane de la personne prétendue interposée postérieurement à la disposition. Sur ce point, il y a divergence absolue de vues entre les Cours d'appel et la Cour de cassation. C'est ainsi que la Chambre civile de la Cour suprême a, par ses arrêts du 30 janvier 1883 et 22 janvier 1884, cassé, le premier un arrêt de la Cour de Besançon, le second un arrêt de la Cour de Paris, qui refusaient tous deux de prononcer la nullité des dispositions faites à la mère d'un enfant naturel reconnu seulement par son père, alors que la reconnaissance de la mère était postérieure à l'acte de libéralité.

Nous croyons que dans les deux hypothèses la pré-

somption de l'article 911 doit s'appliquer. Un point très certain, en effet, et dont la jurisprudence n'a pas hésité à faire l'application à d'autres hypothèses, c'est que la reconnaissance d'un enfant naturel est déclarative et non attributive de la filiation naturelle. Quand elle intervient, elle rétroagit au jour même de la conception de l'enfant qui se trouve ainsi frappé rétroactivement de l'incapacité partielle de l'article 908. Il n'est donc pas exact de dire, comme l'a fait l'arrêt de la Chambre des requêtes de 1878, que la reconnaissance étant postérieure à la disposition, il n'existait, au moment où celle-ci a été faite, aucune incapacité dont on pût se proposer d'éluder les effets par l'interposition de personne. La vérité est que la loi attache l'incapacité non pas au fait de la reconnaissance, mais au fait de la filiation illégitime. Il est bien vrai que cette incapacité ne pourra produire son effet que quand la filiation sera légalement constatée, mais dès que le fait auquel la loi attache l'incapacité est ainsi légalement constaté, c'est à dater de ce fait, c'est-à-dire de la conception, et non à partir du jour de la reconnaissance que l'incapacité prend naissance. Cela est si vrai qu'il ne viendra à l'esprit de personne de déclarer valable la disposition faite directement au profit de l'enfant naturel antérieurement à sa reconnaissance.

On a invoqué une autre raison pour valider la disposition faite au parent de l'enfant naturel antérieurement à la reconnaissance de cet enfant par l'auteur de

la disposition. Comment présumer la fraude dans ce cas? a-t-on dit, puisque l'enfant n'étant pas reconnu par le disposant, celui-ci pouvait en toute sécurité disposer directement à son profit.

Nous répondons d'abord par le caractère irréfragable de la présomption de l'article 911, qui ne permet pas qu'on s'appuie sur aucune circonstance de fait, si forte qu'elle soit, pour déclarer sincère la disposition adressée à la personne interposée. Mais qui ne voit, en outre, que la présomption de fraude subsiste dans toute sa force, malgré cette circonstance spéciale? L'auteur de la disposition n'a-t-il pas pu adresser la libéralité à la mère, par exemple, de son enfant naturel, parce qu'il se proposait lui-même de reconnaître cet enfant postérieurement?

Mais la Cour de Paris a fait valoir deux arguments en faveur de la validité de la disposition dans la seconde des hypothèses que nous avons visées, celle dans laquelle la reconnaissance postérieure émane non de l'auteur de la disposition, mais du bénéficiaire direct. Comment, dit la Cour, d'une part, supposer l'intention chez le disposant, qui ne peut prévoir la reconnaissance, d'éluder la prohibition de l'article 908, au moyen d'une interposition de personne ; et, d'autre part, comment admettre que l'application de l'article 911, déterminée par le fait d'un tiers, puisse porter atteinte à des droits acquis? Cette double objection, malgré son

apparente gravité, ne nous semble pas avoir l'importance que la Cour lui a donnée.

Tout d'abord nous répétons que l'intention plus ou moins probable du disposant de faire fraude à la loi n'a rien à voir dans la question ; les tribunaux n'ont aucun pouvoir d'appréciation à cet égard. Toute la question se ramène à savoir si au moment de la disposition il existait une incapacité légale qu'on pût avoir intérêt à éluder et si le donataire ou légataire direct se trouve être une des personnes que la loi répute interposées. Or nul doute que dans l'espèce de l'arrêt de la Cour ces deux conditions se trouvaient réalisées par suite de l'effet déclaratif de la reconnaissance. Mais est-il vrai d'ailleurs que la circonstance que la reconnaissance est postérieure à la disposition et émane du donataire ou légataire direct est une forte présomption de la sincérité de la disposition ? N'a-t-on pas au contraire tout lieu de croire que le disposant savait que la personne à laquelle il adressait sa libéralité était la mère de son enfant nature et que, par suite il a disposé en sa faveur dans la pensée que la libéralité parviendrait à son enfant ?

Quant au second argument de la Cour de Paris, il méconnaît ce principe qu'il n'y a pas lieu de respecter les droits acquis contrairement à la loi. La jurisprudence a eu souvent occasion de déduire les conséquences du caractère déclaratif et non attributif de la reconnaissance et d'en faire une application qui portait atteinte aux droits acquis les plus légitimes et les plus respectables.

C'est ainsi, par exemple, qu'elle n'a jamais hésité à annuler le mariage régulièrement contracté quand, par l'effet d'une reconnaissance non contestée, des liens de parenté au degré prohibé découvraient qu'il existait un empêchement au mariage, au moment où il a été contracté. (V. Demolombe, t. III, n° 108, Aubry et Rau, t. VI, § 568 *quater*).

C'est encore ainsi qu'elle déclare recevable, de la part de celui qui, postérieurement à l'ouverture et à la liquidation d'une succession, fait constater judiciairement qu'il est l'enfant naturel de la défunte, l'action en pétition d'hérédité dirigée contre les héritiers légitimes de sa mère. Et c'est quand il s'agirait de fraude à la loi qu'on montrerait le moins de zèle à appliquer ces principes certains !

Enfin, doit-on déclarer la disposition valable lorsque la personne réputée interposée se trouve personnellement dans un des cas exceptionnels dans lesquels la personne incapable cesserait de l'être et pourrait recevoir ? Le savant auteur du cours analytique du Code civil, Demante, l'a pensé : « Il est pourtant un cas, dit-il, où la présomption légale ne devrait pas, selon moi, être appliquée ; c'est lorsque, à la qualité qui fonde, en général, la présomption d'interposition, le donataire nominal en joint une autre qui le rattache personnellement au donateur, et qui, si elle existait chez l'incapable lui-même, serait suffisante pour le relever de son incapacité : *putà,* si la donation est faite

au père ou à la mère du tuteur, incapable aux termes de l'article 907 et que ce parent du tuteur soit l'ascendant du donateur, ou bien encore si le malade traité par le médecin, non allié, donne à la femme ou aux enfants de celui-ci, qui sont ses parents au degré déterminé par l'article 909. Je ne doute pas non plus que le malade ne puisse toujours donner valablement à son propre conjoint, quoiqu'il ait été traité par le père ou par le fils de celui-ci. De la même manière, en effet, que le tuteur ascendant n'est pas réputé recevoir en qualité de tuteur, et que le médecin parent ou conjoint du malade n'est pas censé recevoir en qualité de médecin ; de la même manière, le père ou le conjoint du tuteur, quand il est ascendant du donateur jusqu'au quatrième degré, ne doivent être censé avoir reçu qu'en leur titre personnel d'ascendant, de parent ou de conjoint du donateur » (t. IV, n° 32 *bis*, V). La Cour de Toulouse a consacré cette doctrine dans un arrêt du 9 décembre 1839 (Sir., 1860, 2, 145) en décidant « que la présomption légale d'interposition de personne, prononcée par l'article 911 du Code civil contre l'épouse du médecin, cesse dans les cas où cette épouse se trouve parente du malade à l'un des degrés indiqué par l'article 909. » (Voir une intéressante étude de M. Bressoles sur cet arrêt, *Revue critique*, 1860, t. XVI, p. 1). — Cette doctrine semble au premier abord contraire aux termes absolus de l'article 911 qui n'admettent aucune distinction et ne reproduisent aucune des

exceptions apportées par l'article 909. D'autre part, on pourrait dire que l'inefficacité de la libéralité faite à une des personnes indiquées dans l'article 911, prenant sa source dans l'incapacité de l'époux, de l'ascendant ou du descendant du donataire ou légataire direct, cette incapacité primordiale tant qu'elle existe, entraîne, comme conséquence forcée, la nullité de la disposition faite à la personne réputée interposée.

Cependant nous estimons que la doctrine professée par Demante et dont la Cour de Toulouse a fait l'application à un cas particulier est entièrement fondée.

N'oublions pas, en effet, que si la présomption d'interposition n'établit aucune incapacité personnelle de la personne interposée, elle ne se justifie que par cette considération que la libéralité faite en apparence au parent ou à l'époux de l'incapable s'adresse en réalité à l'incapable lui-même, ce que rend extrêmement vraisemblable les liens d'intimité et le degré de parenté rapprochée qui existent entre l'incapable et la personne interposée, mais cette présomption ne se comprend plus *lorsqu'une autre présomption, légale aussi*, vient la combattre, ce qui est le cas dans notre hypothèse. Comment admettre que des circonstances suffisantes aux yeux du législateur pour faire disparaître une présomption d'incapacité, ne le soient plus pour faire cesser une présomption d'interposition ? Notre ancienne jurisprudence trouva cette assimilation entre les cas d'exception à la présomption légale de captation et ceux

d'exception à la présomption légale d'interposition de personne si naturelle qu'elle n'hésita pas à l'admettre (V. Furgole, *dest.* t. I, chap. VI, sect. II, p. 401 et Ferrières, *Coutume de Paris*, t. III, art. 276, nos 14 et 19). Ces auteurs rapportent divers arrêts qui consacrent cette doctrine même dans l'hypothèse où la libéralité s'adressait à des proches parents du tuteur, du disposant, expressément déclarés incapables par les textes. Ajoutons que dans le système contraire il faudrait appliquer la présomption de l'article 911, même au cas où l'épouse du médecin se trouverait héritière présomptive *ab intestat* du donateur ou testateur ; ce qui nous paraît insoutenable. Ce système conduirait, en effet, logiquement à frapper l'épouse du médecin d'exclusion ou d'indignité de la succession par ce seul motif qu'elle aurait épousé le médecin du *de cujus*. Supposons, en effet, que la femme du médecin soit seule héritière de son degré qui est le plus proche ; à défaut de tout testament, elle prend la succession entière comme héritière *ab intestat* ; jusqu'ici pas de difficulté. Mais supposons que le *de cujus* pour lui bien témoigner son affection, confirme la vocation légale de son héritière en faisant à son profit un legs universel, dira-t-on que la femme repoussée comme légataire viendra comme héritière ? Ce serait inutile d'abord et absurde après, puisque le législateur en refusant de reconnaître, comme vrai motif du legs, l'affection du testateur pour la légataire, reconnaîtrait cependant que ce motif est fondé en appe-

lant la légataire comme héritière, puisque tout le système de l'ordre de succession *ab intestat* est basée sur la présomption d'affection du *de cujus* pour l'héritier. Dira-t-on que l'acte par lequel la vocation légale est confirmée crée, au profit des héritiers plus éloignés, un motif d'exclusion contre l'héritier plus rapproché ? Mais c'est inadmissible. Ce serait en tout cas également absurde et inutile car on ne pourrait se refuser à permettre à l'héritier de répudier l'hérédité testamentaire pour appréhender la succession légale. — Enfin, ce que nous disons du cas où la femme du médecin, par exemple, est seule héritière du testateur, nous le dirons également du cas où elle a des cohéritiers et ne vient à la succession que pour une part. Différent, en apparence, ce cas est le même en réalité que le précédent. La vocation successorale, en effet, a lieu pour le tout et non pour partie. Chaque habile à succéder est saisi *in universum* et peut définitivement recueillir le tout par droit d'accroissement ou plutôt de *non décroissement* ; le concours effectif des cohéritiers peut seul réduire la quotité des biens à recueillir par chacun *(concursu partes fiunt)*. D'ailleurs, s'agit-il, dans la question qui nous occupe, de la mesure dans laquelle les biens sont recueillis ? Evidemment non. La solution de la question repose tout entière *sur le fondement même de la vocation héréditaire.*

Si donc l'on est forcé de faire exception à l'article 911 lorsque la personne réputée interposée est l'héritière

présomptive du disposant, pourquoi n'en serait-il pas de même des autres cas exceptionnels prévus et déterminés par les articles 907 et 909 qui eux aussi, il ne faut pas l'oublier, sont des présomptions légales ? L'article 911 n'est-il pas aussi absolu dans un cas que dans l'autre ?

Nous n'hésiterons donc pas à décider que la présomption de l'article 911 ne s'applique pas aux dons simplement rémunératoires (arg. tiré de l'art. 909.) Car la loi elle-même, fait de ce cas une exception à la présomption légale d'incapacité, il doit donc constituer aussi une exception à la présomption légale d'interposition.

IV°. Il nous reste à voir à quelles incapacités s'applique la présomption de l'article 911. — Il nous paraît très certain que cette présomption ne s'applique pas aux incapacités absolues. Ces incapacités, en effet, sont généralement prononcées à titre de peine ou pour une cause de défaveur personnelle à l'incapable, or les peines et les déchéances sont essentiellement personnelles. Il est inadmissible que la loi déclare nul le don ou le legs fait à une personne par cela seule qu'elle a le malheur d'avoir un parent frappé d'une condamnation afflictive perpétuelle. D'ailleurs en appliquant la présomption de l'article 911 aux incapacités absolues, on rendrait en fait les personnes prétendues interposées absolument incapables de recevoir de qui que ce soit. C'est inadmissible. La présomption d'interposition doit donc

être restreinte aux incapacités relatives. Mais s'applique-t-elle à toutes les incapacités relatives ? Nous ne le croyons pas. Par la place qu'elle occupe et par sa nature même de présomption légale, nous voyons que la seconde disposition de l'article 911 est spéciale aux incapacités créées par les articles qui la précèdent immédiatement, mais qu'elle ne s'applique pas aux incapacités résultant des articles suivants du même chapitre, et encore moins à celles qui résultent de dispositions éparses soit dans le Code, soit dans d'autres lois. On ne pourrait donc l'étendre, selon nous, ni aux parents des clercs du notaire qui a reçu un testament et que l'article 975 déclare incapables de recevoir du testateur; ni à ceux des officiers du vaisseau, en cas de testament fait sur mer, que l'article 907 frappe aussi d'une incapacité relative.

A plus forte raison cette présomption ne s'applique-t-elle pas aux incapacités contractuelles : Une mère fait donation par son contrat de mariage à ses deux enfants de tous ses biens présents et à venir ; elle se réserve par une clause spéciale le droit de disposer comme elle l'entendra de certains immeubles, sauf au profit des mêmes enfants, s'interdisant par là d'avantager l'un au préjudice de l'autre. La question s'est élevée devant la Cour de Besançon de savoir si elle peut donner les immeubles aux enfants de l'un des donataires ou si, par application du second alinéa de l'article 911, les nouveaux donataires ne doivent pas être présumés

interposés au profit de leur auteur ? La Cour décida avec raison qu'il ne pouvait être question d'une présomption d'interposition pour des incapacités résultant de conventions particulières, parce qu'il n'y a pas de présomption sans texte.

Mais nous croyons que la preuve d'une interposition de fait pourrait être admise dans ce cas par application du principe général qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement.

Un autre article du Code établit aussi certaines présomptions d'interposition, nous l'étudierons plus loin quand nous traiterons de la prohibition des donations entre époux faites en fraude de la loi par personnes interposées.

Signalons enfin, en passant, une présomption spéciale d'interposition établie par l'article 5 de la loi du 24 mai 1825, *relative à l'autorisation et à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes*. Cet article, considérant les sœurs appartenant à l'établissement comme personnes interposées pour les dons et legs qui leur sont adressés, par un membre de l'établissement, ne permet pas, en conséquence, que les libéralités excèdent le quart des biens de la donatrice ou testatrice, comme si elles étaient faites à l'établissement lui-même. Cette présomption d'interposition ne cesse que si la donataire ou la légataire est héritière en ligne directe de la donatrice ou testatrice.

Quand on prétend *qu'il y a* cumul de la fraude par

déguisement de l'acte et par interposition de personnes, l'on ne peut invoquer la présomption de l'article 911 à moins de prouver qu'il y a déguisement de l'acte alors même que la personne prétendue interposée serait une de celles énumérées dans le 2me alinéa de l'article 911. C'est dans ce sens que le tribunal de la Seine a décidé par un récent jugement (12 décembre 1885) que « ne constitue pas une disposition faite à personne interposée, et nulle dans les termes de l'article 911 du Code civil, la reconnaissance d'une certaine somme pour gages dus pendant vingt années, faite par un maître à sa domestique, alors même qu'il est constant que des relations ont existé entre eux, et que de ces relations sont nés plusieurs enfants naturels reconnus et encore existants » (V. *la Loi* des 2 et 3 janvier 1886, nº 2.)

CHAPITRE III

DE LA NULLITÉ DES DISPOSITIONS FAITES PAR PERSONNES INTERPOSÉES EN FRAUDE DE LA LOI

« Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées » dit l'article 911. Comme on le voit, l'expression dont se sert la loi est des plus énergiques, c'est la nullité qu'elle prononce. Et cette nullité n'atteint pas seulement, ce qui est de toute évidence, l'interposition ; Elle atteint aussi la disposition apparente elle-même. L'acte est donc sans effet non seulement à l'égard de l'incapable qui ne peut avoir d'action pour réclamer l'exécution du fidéicommis ni conserver les biens s'il les a déjà reçus, mais aussi à l'égard de la personne interposée. Cela est bien naturel, car outre qu'on risquerait de rendre à peu près illusoire la prohibition de la loi en maintenant la disposition au profit de la personne interposée, on irait à l'encontre de la volonté du donateur ou du testateur qui n'a pas voulu gratifier le bénéficiaire apparent mais simplement se servir de lui pour

faire parvenir les biens à un incapable. Le disposant n'a pas voulu ce qu'il pouvait et il n'a pas pu ce qu'il voulait. La disposition affectée d'interposition est donc complètement nulle, nulle à l'égard de la personne interposée pour défaut de cause, nulle à l'égard du bénéficiaire réel pour cause illicite. Cette nullité de la disposition principale s'applique donc dans tous les cas, que l'interposition soit expresse, ce qui sera extrêmement rare, ou qu'elle soit déguisée. Il n'en était cependant pas ainsi dans le Droit romain et dans notre ancien droit : « Il ne faut pas penser, dit Furgole, que la charge du fidéicommis tacite, en fraude de la loi produise une nullité de la disposition. La loi 3, paragraphe dernier *ad Senatus consultum Trebellianum* la loi 12, D., *de his quœ ut indignis auseruntur*; la loi 3, § 4, D., *De jure fisci* et la loi 43, § 3, D., *De vulg. subst.* décident précisément le contraire. L'indignité qu'il produit ne fait autre chose que transférer au fisc suivant le Droit romain, ou aux successeurs *ab intestat* selon notre usage, ce que l'indignité fait ôter à l'indigne par une espèce de subrogation de personnes. » (Furgole, *Test.*, ch. VI, sect. 3, n° 221.)

C'est pour cela comme nous l'avons vu au commencement de ce travail que la disposition affectée d'interposition n'était caduque qu'autant que la personne interposée avait engagé sa foi au disposant ou tout au moins (et encore seulement suivant la majorité des auteurs, mais non tous) qu'il eut connu l'intention du disposant et fut décidé à l'exécuter. C'est alors seulement que la per-

sonne interposée pouvait être déclarée complice de la fraude et frappée comme telle d'indignité. C'est encore pour la même raison que dans le cas de fidéicommis exprès, la charge de rendre seule était caduque, la disposition valant au profit du fiduciaire: « car si le fidéicommis est exprimé dans le testament ou codicible, avec le nom du fidéicommissaire et la chose qui doit être rendue, ce n'est plus un fidéicommis tacite ni le cas de l'indignité. » (Furgole, *Test.*, chap. VI. sect. III, n° 209).

En effet du moment que la charge de rendre est expresse il ne peut plus être question de fraude à proprement parler, il n'y a plus là qu'une condition illicite qui est considérée comme inexistante : « non intelligitur fraudem legi fecisse qui rogatus est palam restituere, dit la loi 3, D. *De Jure fisci*, ou comme dit encore la loi 10, D. *de leg.*« in tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quoties quis neque testamento, neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad prœstandum fideicommissum, ei qui capere non potest. » Mais Furgole critique avec raison cette doctrine qu'il trouve contraire aux principes : « d'autre côté, dit-il, il semble au contraire que le grevé doit être déclaré indigne de la libéralité qui lui est laissé sous la charge expresse de rendre à l'incapable quoiqu'il n'ait point fait de promesses, ni pris d'engagements avec le testateur pour s'obliger à exécuter le fidéicommis, parce qu'il n'a pas pour lui la volonté du défunt, lequel n'ayant d'autre

vue que de gratifier l'incapable qui était l'objet de la libéralité, il encourt l'incapacité de deux manières. La première, en ce qu'il n'a pas pour lui la volonté du défunt qui n'a eu aucune intention de le favoriser, ce qui suffit pour produire l'incapacité suivant la loi cum quidam 12 D. delinquæ ut indignis auferuntur. La seconde, en ce qu'il refuserait de remplir la charge à lui imposée par le testateur en considération de laquelle la libéralité lui avait été faite et qui était comme une condition ou une cause finale qui donnerait lieu à la répétition condictione causâ datâ, causa non seculâ. »

Et plus loin, le même auteur ajoute : « Aussi les successeurs *ab intestat* entrant à la place du fidéicommissaire incapable suivant notre usage, il s'ensuit qu'ils ont le droit d'obliger le grevé à remplir le fidéicommis, non en faveur du fidéicommissaire désigné verbalement par le testateur, mais en faveur des successeurs *ab intestat*, qui prennent sa place et qui sont subrogés à son droit. » (Furgole, *loc. cit.*, n° 223).

Nous avons plusieurs points à considérer dans l'étude de cette nullité que prononce la loi.

1° Quel est le caractère de la nullité;

2° Quelle en est l'étendue;

3° Quelles personnes peuvent s'en prévaloir ;

4° Quelles sont les différentes causes d'extinction de l'action en nullité.

I

Quel est le caractère de la nullité prononcée par l'article 911 ? La disposition faite par personnes interposées au profit d'un incapable, est-elle inexistante en droit ou simplement annulable ? On distingue avec raison suivant que la règle d'incapacité qu'on a voulu éluder est d'ordre public ou d'intérêt privé. Quand elle est d'ordre public, il y a inexistence absolue de l'acte et non pas seulement nullité, la libéralité ne peut produire aucun effet. Quand l'incapacité n'a été établie que dans un intérêt privé comme dans l'hypothèse de l'incapacité relative du médecin qui a soigné le disposant pendant la maladie dont il est mort, on décide très généralement que l'acte n'est pas inexistant qu'il est simplement affecté d'une nullité qui doit être demandée et prononcée par les tribunaux. C'est en effet une question d'intérêt privé qu'il faut abandonner à l'appréciation des parties intéressées. On pourrait ce semble, objecter que le disposant a voulu faire fraude à la loi et qu'il faut punir la fraude en privant de tout effet la disposition frauduleuse, en la considérant comme inexistante ? Mais outre qu'aucun texte ni aucun principe de notre législation n'exige que les libéralités soient déclarées inexistantes quand le disposant a tenté de faire fraude à une loi d'intérêt purement privé (texte ou principe qui serait

cependant nécessaire pour faire admettre l'inexistence de la disposition), on peut ajouter que l'action en nullité dont sont investies les personnes intéressées, suffit pour garantir le respect dû à la loi.

Le principe est certain, il importe d'en préciser la portée. Quand la disposition est inexistante, en droit il n'y a pas, à proprement parler, d'action en nullité. On qualifie bien d'ordinaire d'action en nullité non seulement celle qui tend à l'annulation d'un acte, mais encore celle qui a pour objet de faire déclarer qu'un acte est inexistant ; mais la différence entre ces deux actions est considérable. Quand l'acte est inexistant on ne demande pas la nullité du néant, l'action en nullité n'est plutôt qu'une autre action, par exemple une revendication, qui, intentée sans tenir compte de la disposition inexistante, la fait déclarer nulle, en quelque sorte d'une façon préjudicielle et pour lui servir de base. Quand la disposition est simplement nulle, elle continue à produire son effet tant que la nullité n'en est pas prononcée judiciairement, il y a donc lieu à une action en nullité proprement dite.

En second lieu, au cas d'inexistence de la disposition, la seule prescription qu'il soit possible d'invoquer est celle de trente ans, non parce qu'elle donne à la disposition prohibée une existence légale, mais parce qu'elle a pour effet d'anéantir toutes les actions tant réelles que personnelles, aux termes de l'article 2262, Code civil. — Quant à l'action en nullité proprement dite elle s'éteint

par prescription, nous verrons bientôt à quelles conditions et par quel laps de temps.

Quand peut-on dire que la disposition étant faite en fraude d'une incapacité d'ordre public, est radicalement nulle, inexistante ; quant au contraire est-elle simplement annulable comme ne faisant fraude qu'à une loi d'ordre privé ?

En ce qui concerne l'incapacité des établissements non reconnus ou reconnus nous pensons qu'elle est d'ordre public et, partant qu'elle rend radicalement nulles les dispositions qui sont faites par personnes interposées pour la frauder (art. 906,910). Pour les enfants non encore conçus et les établissements non reconnus cela semble évident ; il n'y a pas d'incapacité plus radicale que celle du néant. La nullité qu'elle entraîne doit donc être aussi la plus rigoureuse de toutes. Ajoutons qu'en ce qui concerne les établissements non reconus, il y a une raison de plus de décider ainsi : La loi exige dans un intérêt supérieur et assurément d'ordre public que tout établissement se fasse reconnaître par l'État dans lequel il s'établit pour avoir la personnalité civile et la capacité d'acquérir. N'est-il pas évident que ceux qui, au mépris de cette exigence très juste, se contentent d'une existence de fait pour se soustraire à la surveillance de l'État, commettent une violation d'une loi d'ordre public, que leur incapacité est éminemment d'ordre public, et que par suite la nullité des dispositions qui leur sont faites par des moyens frauduleux est une nullité radi-

cale et absolue. C'est ce que décidait formellement l'édit de août 1749. L'article 7 déclare nuls les actes faits au profit des communautés non autorisées, sans qu'il soit besoin d'obtenir des lettres de rescision contre les dits actes..., *nonobstant toutes prescriptions et tous consentements exprès ou tacites qui pourraient avoir été donnés à l'exécution desdits actes ou dispositions*. L'article 10 autorise les héritiers présomptifs *même du vivant de ceux qui auraient faits lesdits actes ou dispositions* à réclamer les biens par eux donnés ou aliénés... »

Enfin l'article 12 pour les cas où les héritiers refuseraient d'user de l'article 10 ajoute : « lesdits biens seront vendus au plus offrant et dernier enchérisseur et le prix en sera confisqué. (Isambert, *Recueil général des lois françaises*, 7, 22, n° 230).

La jurisprudence a toujours consacré ces principes. Elle décide : 1° que « la nullité d'un legs fait à un établissement public sans existence légale est une nullité d'ordre public... » (Cass., 3 juin 1866, Dall. 1866, 1, 77) ; 2° que « les dons et legs faits à un établissement public sans existence légale sont eux-mêmes réputés inexistants, et, dès lors non susceptibles d'exécution (Lyon, 13 fév. 1836, Dalloz, 1838, 2, 115) ; 3° C'est encore ainsi qu'il a été jugé que « les intérêts d'une créance, payés à une congrégation religieuse non autorisée, en vertu d'un testament qui lui avait légué cette créance et d'une transaction intervenue à la suite de ce testament entre le débiteur et la congrégation légataire, peuvent être

répétés par le débiteur qui les a payés sans cause ou sur une cause illicite après que le testament et la transaction ont été eux-mêmes annulés comme ayant pour objet de gratifier par personnes interposées une congrégation religieuse non autorisée..... et cela, *même en l'absence de toute réclamation des héritiers au préjudice desquels la créance avait été transmise à la congrégation non autorisée ; la nullité de pareils paiements étant d'ordre public ne peut être couverte par aucune ratification.* » (Cass., 17 juin 1870, Dall. 1870, 1, 349).

Le même principe est appliqué également par la jurisprudence aux dons et legs faits par personnes interposées à des établissements reconnus. Il y a dans ce cas, une fraude ayant pour objet d'échapper à la nécessité de l'autorisation prescrite par les articles 910 et 937 et cette autorisation étant d'ordre public, l'acte qui fait fraude à une loi d'ordre public « est par cela même frappé d'une nullité radicale et ne saurait produire aucun effet (Montpellier, 24 août 1854, Dall. 1855, 2, 114).

C'est encore une incapacité d'ordre public que celle qui est fondée sur des raisons d'indignité et de déchéance pénales : telle était l'incapacité dont l'article 25 du Code civil frappait le mort civilement, telle est aujourd'hui l'incapacité dont l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile frappe les condamnés à des peines afflictives perpétuelles.

Quant aux autres incapacités qui ne sont fondées ni sur l'inexistence du donataire ou légataire (art. 906), ni

sur une loi d'ordre public (art. 910, 937, ancien art. 912), ni sur des raisons d'indignité et de déchéance pénalès (anc. art. 25. C. civ. aujour. art. 3 de la loi de 1854), elles n'entraînent qu'une simple annulabilité de la disposition.

Telles sont généralement toutes les incapacités dites relatives (art. 907, 908, 909, 975, 997). La question est cependant très discutée en ce qui concerne l'incapacité dont l'article 908 frappe l'enfant naturel. On pourrait dire que cet article établit plutôt une règle d'indisponibilité qu'une incapacité personnelle proprement dite. Mais on objecte que c'est dans l'intérêt de *la dignité du mariage, de la protection du principe de la famille* et de *la conservation des mœurs* que la loi a limité la portion des biens que l'enfant naturel peut recevoir de ses père ou mère, que, dès lors, cette incapacité *bien que graduée dans ses effets produit dans les libéralités qui en sont viciées une nullité absolue et d'ordre public.* (Lyon, 23 mars 1855, Dall. 1856, 2, 3 — Ajout. Aubry et Rau, t. VII, *nouvelle édition*, n° 54, note 23 du par. 650 *bis*).

Qu'il y ait un élément d'ordre public dans la prohibition prononcée par l'article 908, nous ne le nions pas ; mais cette prohibition a surtout été établie dans l'intérêt des parents légitimes. Ce qui le prouve, c'est que cette prohibition est plus ou moins étendue suivant la qualité des parents avec lesquels l'enfant naturel concourt et que celui-ci recueille même toute l'hérédité à défaut d'héritiers légitimes. L'ordre public n'exige donc

pas l'exclusion ni l'incapacité de l'enfant naturel. Il s'agit donc bien en réalité d'une prohibition relative qui engendre une action en nullité à laquelle il est permis de renonçer. Cest ce qu'a jugé la Cour de Toulouse dans un arrêt du 9 février 1844 (Dall. 1845, 2, 23). Dans l'espèce, il s'agissait d'une donation faite à un enfant naturel par son père au moyen d'un fidéicommis tacite. Le fidéicommis était avoué ; mais les demandeurs en nullité, qui connaissaient l'interposition, avaient tacitement ratifié la disposition : «..... attendu en droit dit la Cour de Toulouse que si la prohibition de l'article 908, Code civil, a été dictée en partie par des considérations d'ordre public et de moralité, la quotité de la part qui advient à l'enfant naturel est réglée, d'après la qualité des héritiers légitimes et que..... c'est donc non pas précisément à raison d'une indignité absolue attachée à la condition d'enfant naturel, mais surtout à cause de l'intérêt de préférence qui s'attache aux parents légitimes, eu égard à leur degré de parenté que l'incapacité de recevoir au delà de ce que prescrit l'article 757 a été prononcée... Attendu que le demandeur a su que le legs n'était qu'un fidéicommis destiné à faire passer les biens à l'incapable au mépris des articles 757 et 908, Code civil, et qu'il a consenti à son exécution depuis le décès du testateur..... déboute... »

Il faut ajouter un jugement du tribunal de la Seine (2e ch.) du 3 novembre 1885 qui décide : que l'adjudicataire d'un immeuble dépendant d'une succession ne

saurait se refuser à payer son prix sous prétexte que la vente aurait été poursuivie à la requête d'un légataire universel réputé personne interposée (dans l'espèce une mère naturelle) et sans le concours des héritiers légitimes.

Nous aurons bientôt à tirer de ces principes les conséquences qu'ils comportent.

II

Nous devons nous occuper maintenant de l'étendue de la nullité que prononce l'article 911 à l'égard des dispositions faites par personnes interposées en faveur d'incapables.

Il peut arriver que le donataire ou légataire apparent ne soit personne interposée que pour partie seulement des biens donnés ou légués ou que la personne à laquelle les biens doivent être remis ne soit frappée que d'une incapacité partielle ; que décider dans ces deux cas ? La disposition est-elle nulle pour le tout ou seulement pour la partie comprise dans l'interposition ou qui excède la capacité du bénéficiaire réel ? Nous examinerons séparément chacune de ces hypothèses :

1° La première ne présente aucune difficulté. Ce que l'article 911 annule, c'est la disposition frauduleuse, or quant à la partie des biens donnés ou légués sérieusement au bénéficiaire direct, il n'y a pas fraude ; la per-

sonne interposée n'est frappée d'aucune incapacité personnelle. C'est ce que décidaient déjà le Droit romain et nos anciens auteurs. Trois textes formels du *Digeste* donnent pour règle que l'héritier qui s'est engagé à rendre un fidéicommis tacite n'encourt l'indignité que pour ce qui fait la matière du fidéicommis (L. 43, § 3, D. *De vulg. et pupill. substit.)* L. 11, D., *De his quæ ut indig. aufer*; enfin L. 18, § 2, D., *eod. tit.* — Ajout. Furgole *Test.* chap. VI, sect. III, nos 269 et suiv.)

Aujourd'hui on admet généralement que la disposition est valable pour ce qui est adressé sérieusement au donatataire ou légataire direct.

On dit généralement que l'interposition est exclusive de la bonne foi dans la personne interposée. D'où il suit que cette personne est tenue de restituer au demandeur en nullité outre les biens eux-mêmes qui ont fait l'objet de la disposition, les fruits et intérêts de ces biens, non pas seulement à compter de la demande en justice, mais à compter du jour où elle a été mise en jouissance.» (Demolombe, t. XVIII, n° 678; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 136, note d, p. 616.)

C'était la doctrine du Droit romain et de nos anciens auteurs. (V. L. 46, D., *De hered. petit.*; L. 18 D., *De his quæ ut indig.* Ajout. Domat, *Lois civiles*, t. I, liv. V, tit. III, art. 3, n· 6; Furgole, n° 275.) Cette doctrine était très conforme aux principes admis en Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence et que nous avons essayé de dégager précédemment. On sait qu'alors la

disposition directe n'était caduque que par l'indignité du bénéficiaire apparent qui avait participé à la fraude. L'interposition qui était de nature à vicier la disposition était donc bien exclusive de la bonne foi : « ceux qui *s'engagent par écrit ou verbalement*... ou qui reçoivent *à dessein de rendre aux personnes à qui le testateur ne pouvait donner* » dit Domat (*loc. cit.*).

Mais il en est autrement dans notre droit.

D'abord tout le monde convient que les personnes présumées interposées par le second alinéa de l'article 911 peuvent être de bonne foi (Demolombe, *loc. supra, cit.*) Mais la bonne foi peut se rencontrer aussi dans l'interposition de fait, il en sera ainsi toutes les fois que l'intention du disposant de faire parvenir les biens à l'incapable n'aura pas été connu du donataire ou légataire direct. Mais il faut aller encore plus loin et décider que même dans l'hypothèse d'un concert entre le disposant et la personne interposée, celle-ci peut encore être de bonne foi. Elle a pu, en effet, ignorer l'incapacité de celui à qui elle devait remettre les biens et croire que l'opération n'avait rien d'illicite : « Il peut arriver et il arrivera souvent, dit Dalloz, que le donataire ou le légataire qui consent à se charger d'un fidéicommis dans l'unique vue d'obliger une personne amie, ait entièrement ignoré l'incapacité réelle ou prétendue de celui à qui la libéralité est destinée. Il en arrivera ainsi, soit que le donateur ou le testateur ait voulu ou ait cru devoir garder le silence sur le motif de sa disposition,

soit qu'ayant annoncé l'intention de le faire connaître plus tard, il soit décédé sans avoir révélé son secret, soit enfin qu'il ait donné des renseignements exclusifs de toute idée d'incapacité et fait croire qu'il accomplissait une dette d'un tiers. Dans ces diverses hypothèses et autres semblables, il va sans dire que le donataire ou le légataire qui a fidèlement rempli son fidéicommis, est à l'abri de toute espèce de responsabilité. » (Dalloz, *Rép.* V° *Dispositions*, n° 482.)

On devra donc en notre matière, faire une juste application de la distinction posée quant à l'acquisition des fruits par le possesseur dans les articles 549 et 550, et décider que la personne interposée ne sera tenue de restituer au demandeur en nullité les fruits produits antérieurement à la demande, qu'autant qu'il aura été de mauvaise foi ;

2° La seconde question est beaucoup plus délicate et la discussion qu'elle soulève est très vive. Elle s'agite tant à l'occasion de l'application de l'article 911 à l'article 908 qu'à propos de l'article 1099.

Avant d'aborder la discussion de cette question, essayons de déterminer avec quelque précision la nature de la disposition de l'article 1099 et les cas auxquels elle s'applique. Cet article s'exprime ainsi : « Les époux ne pourront se donner *au delà* de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

Toute donation déguisée ou faite à personnes interposées sera nulle. »

Puis vient l'article 1100 qui *répute personnes interposées les enfants du conjoint de l'époux donateur issus d'un autre mariage et les parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.* Ces deux articles clôturent le chapitre IX (liv. III, tit. II) du Code intitulé : *Des dispositions entre époux soit par contrat de mariage soit pendant le mariage.* Parmi les dispositions contenues dans ce chapitre, les unes (art. 1094, 1098) fixent la quotité disponible spéciale entre époux, une autre (art. 1096) pose le principe de la révocabilité des donations entre époux.

Ceci posé, en quel sens faut-il entendre les expressions « *les dispositions ci-dessus* » de l'article 1099 ? En doit-on conclure que cet article se réfère à toutes les dispositions prohibitives du chapitre IX, celles de l'article 1096 comme celles des articles 1094 et 1098 ? N'a-t-il pas plutôt pour seul effet de prévenir et de déjouer les moyens détournés par lesquels les époux essaieraient de s'avantager au delà de la limite fixée par les articles 1094 et 1098 ? Enfin ne faut-il pas restreindre encore davantage la portée de cet article et ne l'appliquer qu'à l'article 1098 qui limite à une part d'enfant légitime, le moins prenant, ce dont une personne qui convole en secondes noces et qui a des enfants du premier lit, peut disposer en faveur de son nouvel époux ?

Des auteurs ont pensé que les articles 1099 et 1100

ne visaient que l'article 1098. (Touiller, t. V, nº 891). On invoque à l'appui de cette opinion un argument historique et une considération morale.

L'article 1099 et le suivant, dit-on, ont été empruntés directement à la loi *Hac edictati,* C., *de secundis nuptis* (liv. V, tit. IX, loi 6) et à l'édit des secondes noces de 1560. — La loi *Hac edictati* disait, en effet, après avoir fixé la quotité dont peut disposer en faveur de son nouveau conjoint l'époux qui se remarie : « *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante* » *(princ. in fine)*; et l'édit de 1560 : « Les veuves ayant *enfants..., si elles passent à de nouvelles noces ne peuvent, en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens... à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfants desdits maris ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfants.* » Or ces deux textes ne s'appliquaient que dans l'hypothèse de donations faites à un second époux, l'art. 1099 qui n'est que la reproduction de ces dispositions ne peut avoir une portée plus générale.

De plus cette sévérité toute particulière de la loi pour sanctionner l'article 1098 est très naturelle ; l'intérêt des enfants du premier lit, généralement sacrifié par leur père ou leur mère qui convole en secondes noces devait attirer d'une façon spéciale l'attention du législateur. Quelques arrêts mais en petit nombre, ont consacré cette doctrine (Sancerre, 5 août 1835, Sir. 1836, 2, 344, Cass.

req., 3 avril 1843, Dall., *Rép.*, *disp.*, n° 799, note 1).

Mais cette doctrine est, au contraire, généralement repoussée, et avec raison. L'article 1099 a pu être inspiré au législateur par la loi *Hac edictali* et l'édit des secondes noces, mais ce n'est pas une raison pour conclure que cet article ne vise que celui qui le précède immédiatement. Le texte même de l'article 1099 répugne à une pareille interprétation, outre les mots *dispositions ci-dessus* qui dénotent bien que le législateur a eu en vue non pas une seule mais plusieurs dispositions du chapitre IX, comment admettre que le législateur se soit aussi maladroitement exprimé et qu'il ait dit : « *les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui est leur permis par les dispositions ci-dessus* » au lieu de : « *L'époux ne pourra indirectement donner à son nouveau conjoint au delà de ce qui lui est permis par l'article précédent* » ou bien : « *L'époux ayant des enfants d'un précédent mariage ne pourra indirectement donner à son nouveau conjoint*, etc... » Il peut être vrai que l'intérêt des enfants du premier lit a été pour beaucoup dans les précautions plus sévères de l'article 1099, mais le législateur n'en devait pas moins prévoir et prohiber les voies détournées par lesquelles on essaierait d'éluder la disposition de l'article 1094 qui fixe une quotité spéciale pour les donations entre époux. Il le devait d'autant plus que la quotité disponible de l'article 1094 peut être plus étendue que celle de l'article 913 et que les donations entre époux jouissent déjà de privilèges notables.

Mais doit-on aller plus loin et décider avec la majorité des auteurs et des arrêts, (Demolombe, t. XXIII, n° 607 et suiv.; Troplong, t. IV, n° 2740? Ancelot sur Grenier, t. IV, n° 686, note *a*; Aubry et Rau, t. VII, § 690; Cass., req. 1859, Sir. 1859,1,591; *id. civ.* 2 mai 1855, Sir. 1856, 1,178; Orléans, 23 février 1861, Sir. 1861, 2,410; Cass. req. 11 mars 1862, Sir. 1862, 1,401; Paris, 24 avril 1869, Sir. 1869, 2,288) que les art, 1099 et 1100 se refèrent non seulement aux articles 1094 et 1098, mais encore à l'article 1096? Nous ne le croyons pas. On invoque le texte de l'article 1099 qui est dit-on général et absolu; ces mots « *les dispositions ci-dessus* » dénotent clairement qu'il vise toutes les dispositions prohibitives contenues dans le chapitre IX. D'ailleurs, ajoute-t- on, cette sanction énergique de la nullité, a dû paraître au législateur aussi nécessaire pour maintenir intacte la faculté de révocation qui est d'*ordre public* que pour faire respecter les limites de la quotité disponible. La loi a par l'article 1096 frappé les époux d'une véritable incapacité de disposer et de recevoir par donation irrévocable et il ne doit pas être plus permis d'éluder cette règle d'incapacité que toutes les autres (Cass., 11 niv. 1834, Sir. 1834, 1,769).

Mais le texte même de l'article 1099 repousse cette doctrine. Un point très certain, en effet, c'est que le second alinéa de l'article 1099 ne peut avoir un champ d'application plus étendu que celui du premier alinéa; il peut (et c'est un point que nous examinerons bientôt)

établir une sanction plus énergique, mais il ne peut s'appliquer à d'autres cas. Or le premier alinéa est conçu dans des termes qui ne laissent aucun doute sur l'étendue de son application : « Les époux ne pourront se donner *au dela* de ce qui leur est permis. » Ces expressions *au dela* impliquent l'idée d'une réserve et dénotent bien que le législateur ne s'est placé, lors de la rédaction de ce premier alinéa que dans l'hypothèse de libéralités excessives. Il doit donc en être de même du second alinéa. Si le législateur avait entendu donner à ce second alinéa une portée plus générale qu'au premier, il n'eut pas manqué de l'exprimer, il eut fait plus même, au lieu de ne faire, qu'un seul article en deux alinéas, des deux dispositions de l'article 1099, il en eut fait deux articles distincts, l'un restreint, se référant seulement aux articles 1094 et 1098, l'autre général, embrassant toutes les prohibitions du chapitre IX. Cet argument de texte nous semble péremptoire. Il n'a pas laissé d'ailleurs que d'embarrasser un peu nos contradicteurs et l'on a essayé de le réfuter. On n'a pas contesté que le deuxième alinéa de l'article 1099 ne pouvait être plus compréhensif que le premier, mais on a essayé de donner au premier toute la compréhension qu'on attribue au second. C'est ainsi que la Cour de Paris dans un arrêt du 14 août 1835 (Sir. 1836, 2, 343) dit « qu'en défendant aux époux de se donner *au delà* de ce qui leur est permis, l'article 1099 leur défend de se donner d'une autre manière et de se faire, pendant le mariage,

des donations irrévocables. » Mais à qui espère-t-on persuader que les expressions *au dela* sont synonymes de celles-ci : *d'une autre manière*; une pareille interprétation du texte de la loi ne pourrait s'expliquer que par un parti pris de faire entrer de force l'article 1096 dans l'article 1099. Quant à la faculté de révocation, c'est un droit purement personnel, rangé dans la classe de ceux dont un ancien auteur a dit que c'étaient *jura ossibus personæ affixa, sicuti lepra cuti*; c'est même moins qu'un droit ce n'est qu'une simple faculté qui, à ce titre est intransmissible aux héritiers. Or en quoi l'interposition de personnes rend-elle impossible l'exercice de cette faculté. Sans doute, il sera plus difficile de l'exercer dans ce cas que dans celui ou la donation est faite directement et ostensiblement, puisque l'époux donateur devra prouver la simulation avant d'exercer son droit de révocation, mais n'en sera-t-il pas souvent de même dans l'opinion que nous combattons et l'époux donateur ne devra-t-il pas prouver la simulation pour faire annuler la donation ? On objecte que les présomptions de l'article 1100 le dispenseront de cette preuve. Mais d'abord ces présomptions sont limitatives et l'article 1099 est général, l'époux donateur aura donc toujours à prouver l'interposition de fait. Puis comment présumer que la donation faite par l'un des époux à l'enfant de l'autre, soit une donation par personne interposée au profit du parent du donataire, en vue d'éluder la disposition de l'article 1096 ? Tout proteste

contre une pareille présomption, l'intérêt de l'époux donataire comme celui du donateur. Il n'est admissible que ce dernier ait voulu spontanément se priver du moyen d'influence que lui donne la faculté de révocation; il ne pourrait donc y renoncer que sur les instances de son conjoint; et comment admettre que celui-ci ait manifesté un désir qui, de sa part, ne serait que l'expression de la crainte qu'il éprouve de se rendre plus tard indigne de la donation ?

On a essayé de distinguer entre le cas où l'époux donateur a des héritiers réservataires et celui où il n'en a pas. Dans le premier cas, l'article 1099 se référerait à l'article 1096 ; dans le second, il ne viserait que les articles 1094 et 1098 (Troplong, t. IV, nº 2741). Ce système nous paraît se réfuter de lui-même. Il établit une distinction dont il est impossible de retrouver même l'indice dans l'article 1099. On ne peut admettre d'ailleurs que la disposition de l'article 1099 devienne plus ou moins étendu, suivant que l'époux donateur laisse ou non des héritiers réservataires. De deux choses l'une : ou la faculté de révocation n'a été établie, comme nous le croyons, que dans l'intérêt du donateur, alors les héritiers, réservataires ou non réservataires, n'ont aucun droit à s'en prévaloir; ou bien cette faculté de révocation est, comme on l'a dit à tort, d'ordre public, et l'interposition de personnes dans la donation fait présumer qu'on a voulu rendre l'exercice de cette faculté impossible, alors toute personne y ayant intérêt

doit pouvoir attaquer la disposition comme faite en fraude d'une loi d'ordre public.

Il a paru extrêmement rigoureux qu'une donation qui serait parfaitement valable, valable pour le tout, si elle avait été faite directement par la femme à son mari, devint inefficace parce qu'elle aurait été faite, par exemple, à l'enfant du premier mariage du mari. On a compris qu'une pareille solution est la violation flagrante de l'article 902, puisqu'elle aurait pour conséquence de frapper les enfants du premier lit de l'un des époux d'une véritable incapacité personnelle, ce qui serait d'autant plus regrettable que souvent, quand deux époux n'ont pas d'enfants de leur mariage, toute l'affection d'un d'entre eux se porte sur les enfants de l'autre; et, pour toutes ces considérations, on a voulu restreindre l'application de ce système rigoureux aux cas où les intérêts des héritiers réservataires seraient en jeu. Mais c'est là une pure inconséquence, les considérations si puissantes que l'on invoque ne prouvent qu'une chose, c'est que l'article 1099, deuxième alinéa, ne se rapporte par aucun point de contact à l'article 1096; il se rattache seulement aux articles 1094 et 1098. Cette pensée dominante de la seconde partie du texte ressort évidemment de la première. Quoique notre opinion soit généralement repoussée en jurisprudence, elle a été cependant fortement établie par un certain nombre d'arrêts (V. Rouen, 11 nov. 1834; Sir., 1834, 1, 769; Bourges, 9 mars 1836; Sir., 1836, 2,

344 et conclusions conformes de M. l'avocat général Corbin ; Toulouse, 26 fév. 1861, 2, 328) : « ..... considérant, dit la Cour de Bourges, que le deuxième alinéa de l'article 1099 ne se réfère nullement à l'article 1096, posant le principe de la révocabilité des donations entre époux ; — qu'en admettant que l'on dût appliquer les principes de la révocabilité des donations entre époux pendant le mariage aux donations faites par l'un des époux à une personne que la loi répute personne interposée, on ne pouvait considérer ce droit de révocation que comme un droit établi dans l'intérêt seulement de l'époux donateur, droit inhérent à la personne qui s'éteindrait avec elle... »

Notre opinion repousse également toute distinction entre les libéralités antérieures et celles postérieures au mariage. Nous convenons cependant que les premières seront moins souvent annulées que les secondes « parce que, dit M. Boutry (n° 463), il sera bien rare, hors le cas de convol , qu'il y ait un déguisement d'acte ou interposition de personnes avant le mariage, dans le but d'éviter la réduction. » Cette observation est surtout vraie de l'interposition de personnes qui, quand elle aura lieu, se combinera le plus souvent avec le déguisement de l'acte. Ce sera, par exemple, une prétendue constitution de dot faite au mari pour la femme par un *prête-nom*, dot que le mari reconnaîtra dans le contrat de mariage avoir reçue (V. affaire d'Hautpoul, Sir., 1835, 2, 395, consultation de

M. le professeur Delpech). — Dans ce cas, la personne interposée ne joue plus comme nous l'avons vu jusqu'ici le rôle de donataire, mais celui de donateur apparent.

Revenons à notre question de savoir quelle est l'étendue de la nullité de la disposition faite à personne interposée, quand celui à qui les biens doivent être restitués est frappé d'une incapacité partielle.

Nous étudierons d'abord la question au point de vue de l'application de l'article 911 à l'article 908, nous verrons ensuite quelle étendue l'on doit donner à la nullité prononcée par l'article 1099.

En ce qui concerne l'article 911, considéré comme sanctionnant l'article 908, la question, quoique discutée, ne présente que peu de difficultés. On est généralement enclin à valider la libéralité qu'un père a faite à son enfant naturel par personne interposée, jusqu'à concurrence de ce qu'il pourrait lui donner directement. Le texte même de l'article 911 semble imposer cette solution : *toute disposition au profit d'un incapable sera nulle...* c'est dire évidemment que la disposition, même faite par interposition de personnes, est valable si le bénéficiaire réel est capable. Ce n'est sans doute qu'un argument *a contrario* mais il a une très grande force et la jurisprudence l'a très souvent appliqué. Ainsi, personne ne doute que la disposition faite, par personne interposée à l'enfant naturel ne soit valable si elle n'excède pas la portion de biens que l'enfant naturel peut recevoir dans la succession du donateur ; pourquoi

n'admettrait-on pas de même que la libéralité est valable jusqu'à concurrence de ce que la loi permet à l'enfant de recevoir, alors même que cette quotité serait dépassée. L'enfant n'est incapable qu'au delà de cette quotité, ce n'est donc que l'excédent qui doit être annulé, la nullité ne peut commencer que là où commence l'incapacité.

Il ne serait ni exact ni équitable de dire que l'interposition de personnes fait toujours présumer la fraude de la part du disposant. En ce qui concerne surtout la donation faite par un père à son enfant naturel, le détour peut s'expliquer par des considérations complètement étrangères à toute idée de fraude. Si dans la suite la libéralité vient à excéder la quotité disponible, ce n'est pas là une circonstance suffisante pour faire présumer la fraude : cet excès a pu être indépendant de la volonté du disposant qui ne pouvait connaître à l'avance la quotité exacte dont il pouvait disposer en faveur de son enfant naturel.

L'opinion contraire est du reste d'une rigueur extrême. C'est en vain qu'on essaierait d'en atténuer les conséquences en disant : « Qu'elles ne pouvaient surgir que pour les enfants naturels ou adultérins ; or les enfants naturels reprendraient, à titre héréditaire, ce qu'on leur enlèverait, par l'action en nullité, de plus, que par l'action en réduction ; et que malgré cette même qualité les enfants adultérins auraient toujours droit à des aliments. » (Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I,

n° 136, note d, p, 616.) — S'il en était vraiment ainsi, la nullité ne se comprendrait pas encore, car elle serait inutile. Mais il s'en faut de beaucoup qu'il en soit comme on le dit. En déssaisissant contre toute équité l'enfant naturel de la portion de biens qui lui est légimement due, on l'oblige, alors qu'il n'a peut-être aucune ressource, à revendiquer à grands frais, par une action nouvelle ce qu'il est si simple et si raisonnable de lui laisser. Du reste il peut arriver (et cela arrivera effectivement plus d'une fois) que la libéralité n'ait été faite à personne interposée au profit de l'enfant naturel par son père ou sa mère, qu'afin précisément de l'écarter de leur succession, et que l'enfant, après leur mort y ait, en effet, renoncé. (V. Demolombe, *Successions*, t. II, n°s 104 et 105.)

En est-il de même de la nullité que prononce l'article 1099 à l'encontre des dispositions entre époux ou par contrat de mariage. L'affirmative compte des partisans très autorisés. Monsieur l'avocat général Merville l'a brillamment soutenue devant la Cour de Lyon qui a rendu, le 23 décembre 1862, un arrêt conforme à ses conclusions *(Rev. pratique*, t. XV, p. 74).

Ce premier système ne laisse pas cependant que de se heurter un peu violemment au texte formel de l'article 1099. Il semble impossible de ne pas voir dans l'opposition très nette posée par le législateur entre les donations simplement indirectes et les donations déguisées l'intention arrêtée de traiter plus rigoureu-

sement les secondes que les premières. Il est vrai que cette distinction, généralement admise en doctrine, entre les avantages simplement indirects et les libéralités déguisées est contestée par les partisans du système que nous exposons. C'est disent-ils une distinction arbitraire, contraire aux traditions du droit et à la pensée du législateur du Code : « Avantage indirect, donation déguisée, don à personne interposée, tout cela a le même sens. Donc il n'y a point d'antithèse entre les deux alinéas de l'article 1099; donc on n'a pas voulu annuler dans le second ce que l'on se bornait à réduire dans le premier. Au lieu d'une antithèse, nous apercevons un développement, une explication, un commentaire.

Le commentaire peut être obscure, maladroit, mais il n'a certainement pas pour but de détruire la disposition qu'il s'agissait de commenter. En d'autres termes, le premier alinéa dispose qu'*on ne peut donner indirectement au delà de....* quand le deuxième ajoute que ce qu'on donnerait ainsi serait *nul*, c'est comme s'il disait *ce sera nul au-delà* de la quotité dont on pouvait disposer » (Merville, *loc. cit.)* — Cette opinion, ajoute-t-on, est en tous point conforme à la tendance du législateur de permettre par des voies indirectes tout ce que la loi permet de faire directement, tendance que manifeste clairement un grand nombre de textes, tels que l'article 918 qui loin d'annuler la vente à fonds perdu faite à un successible par son auteur, opération qui

cependant révèle avec une presque certitude une libéralité déguisée, dispense cette libéralité du rapport, tels encore les articles 847, 848, 849 qui présumant, dit-on, que les donations sont faites au successible par l'interposition de son père, de son fils ou de son conjoint, dispensent cependant ces libéralités du rapport. Enfin la doctrine et la jurisprudence sont entrées dans cet esprit du législateur en interprétant dans ce sens le mot *nul* de l'article 911 et en se bornant à réduire à la quotité légale la libéralité excessive faite à l'enfant naturel par interposition de personnes.

Ces raisons sont, nous en convenons, très graves. Elles rendent la disposition de l'article 1099 plus critiquable encore à l'égard des libéralités par personnes interposées, qu'à l'égard de celles qui sont déguisées sous les apparences d'un contrat onéreux. Ces derniers, en effet, se prêtent mieux à la fraude. En changeant complètement la nature de l'acte, ils se soustraient complètement à l'action de la loi et à la réduction. La donation à personne interposée au contraire, conserve sa nature de donation ; l'action en réduction viendra l'atteindre, quelle que soit la personne à qui elle s'adressera. Il est vrai que souvent cette réduction sera incomplète, mais que de fois aussi, il arrivera que la portion disponible entre époux, étant supérieure à la portion disponible ordinaire, l'interposition nuira à l'époux donataire indirect. Enfin si l'on ajoute, qu'aux termes de l'article 1100, l'annulation doit être prononcée

bien que l'époux auquel la donation est censée devoir revenir soit décédé avant le donataire interposé, il devient à peu près impossible d'expliquer une telle rigueur.

Mais les raisons ne peuvent changer le texte formel de l'article 1099. Il est impossible de ne voir dans le second alinéa, qu'une répétition maladroite du premier. En vain, dit-on, que le législateur a jugé cette répétition nécessaire pour établir une transition entre la règle générale du premier alinéa et la disposition de l'article 1100 qui établit certaines présomptions d'interposition. S'il en était vraiment ainsi, le législateur ne se serait pas exprimé comme il l'a fait, il eût dit, par exemple : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. *En conséquence, toute donation ou déguisée ou faite à personne interposée sera sujette au retranchement de ce qui excéderait les quotités ci-dessus fixées.* »

L'argument d'analogie tiré de la doctrine généralement admise sous l'article 911 dans son application à l'article 908 n'est pas non plus concluant. Si l'article 911 emploie l'expression *sera nulle*, il s'en faut de beaucoup que son texte soit aussi formel que celui de l'article 1099. Nous n'y trouvons pas la distinction nette et tranchée de l'article 1099 entre les cas où il n'y a lieu qu'à réduction et ceux où la nullité doit être prononcée. — D'ailleurs comment peut-on assimiler l'enfant naturel appelé par la loi à une portion des biens de

ses père et mère, indépendamment de toute libéralité, à l'époux qui n'a son titre que dans la disposition qui a été faite en sa faveur par son conjoint. Si cette disposition vient à défaillir, il ne reste plus aucun titre à l'époux tandis que l'enfant naturel conserve un titre écrit dans la loi en termes irréfragables. Toutes ces raisons, jointes à la nécessité de prévenir la fraude, si fréquente en notre matière, ont amené la majorité des auteurs et des arrêts à annuler indistinctement toutes les donations entre époux déguisées ou par personnes interposées. Cette décision est rigoureuse, dit-on, mais elle est nécessaire; autrement la loi elle-même favoriserait indirectement la fraude car les époux ne manqueraient pas de s'avantager au delà des limites permises, par des voies détournées, sûrs qu'ils n'ont rien à craindre puisque dans tous les cas la disposition vaudrait dans la limite légale (Demolombe, t. VI, n 614 et les nombreuses autorités tant en doctrine qu'en jurisprudence citées par cet auteur). Cette doctrine est formulée avec une très grande précision dans un arrêt énergiquement motivé de la Chambre des requêtes du 11 mars 1862 (*J. P.* 1862, p. 576. Voir en note les observations intéressantes de l'arrêtiste. Ajout. Cass., 23 mai 1882, Sir. 1883, 1, 73). Ce système radical et extrêmement rigoureux ne nous semble pas être celui de la loi. Le législateur a voulu prévenir la fraude, dit-on, et pour cela, il a dû frapper la disposition de nullité et non la soumettre à une simple réduction. Nous admettons ce

point de départ, mais les conclusions auxquelles on le fait aboutir ne nous paraissent pas logiquement nécessaires. Une disposition déguisée n'est pas nécessairement une disposition *frauduleuse*. La libéralité par interposition de personnes n'est pas nécessairement une libéralité *faite en fraude de la loi*. C'est là un principe qui domine toute notre matière ; nous en avons déjà fait et nous aurons encore à en faire plusieurs fois l'application. C'est donc abusivement qu'on annule indistinctement toutes sortes de libéralités déguisées, qu'elles dépassent ou non la quotité disponible, qu'elles soient faites ou non dans une pensée de fraude. Le texte de l'article 1099 n'exige pas, selon nous, cette excessive sévérité, cette dérogation aux principes.

Aussi des systèmes intermédiaires se sont-ils produits entre les deux systèmes extrêmes que nous venons d'exposer.

L'un d'eux distingue suivant que la libéralité se trouve dépasser ou non la quotité disponible. Si elle la dépasse, elle est nulle pour le tout, si elle s'y maintient elle est valable également pour le tout. Dans cette opinion il n'y a jamais lieu à réduction. C'est la nullité ou la validité absolue. Cette doctrine formulée pour la première fois en jurisprudence par un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 février 1849 (Dall., 1849, 1, 71) fut confirmée depuis par quelques arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel (Cass., 2 mai 1855, Dall., 1855, 1, 193). — Mais ces arrêts sont isolés dans la

jurisprudence, la Cour suprême n'a pas tardé à revenir à sa première jurisprudence qui annule toute libéralité déguisée entre deux époux. Parmi les auteurs, nous n'en connaissons qu'un (Troplong, t. IV, n° 2744), qui admette ce système.

C'est qu'en effet cette doctrine est difficile à justifier. Elle fait dépendre la nullité de la disposition d'un événement incertain, d'un pur hasard. En s'attachant à l'*eventus*, ce système risque, d'une part, de ne pas réprimer la fraude, et, d'autre part, d'annuler des dispositions parfaitement licites. Le disponible, en effet, ne pouvant s'apprécier qu'à la mort du disposant, la circonstance que la quotité disponible a été dépassée ou ne l'a pas été ne dénote pas nécessairement l'intention de faire fraude à la loi ou l'absence d'une pareille intention.

La vraie doctrine posée dans l'article 1099 nous paraît être celle-ci : la donation déguisée ou à personne interposée est nulle quand elle est frauduleuse, valable quand elle ne l'est pas. Mais qu'est-ce qui caractérise la fraude? C'est évidemment l'intention, le *consilium fraudis*. Ce n'est donc ni le fait de l'interposition, ni la circonstance que la libéralité est excessive, mais l'intention qui aura présidé à l'emploi du détour qui décidera du sort de la disposition. Notre système, loin d'être en opposition avec le texte de l'article 1099, y entre au contraire sans effort. Cet article parle, il est vrai, des donations déguisées ou à personnes interposées et les

déclare nulles sans distinction. Mais que prouve cela? N'est-ce pas un principe fondamental de notre législation, principe reconnu et proclamé par toute la doctrine et toute la jurisprudence que la simulation dans les actes n'entraîne la nullité de ces actes que quand elle est frauduleuse? Dès lors, le second alinéa de l'article 1099 n'est comme les articles 911, 918, 1321, etc..., qu'une application particulière de ce principe.

C'est ce qu'exprimait fort justement le tribun Favard quand, interprète autorisé de la pensée du législateur, il disait : « Enfin il fallait *prévenir les donations indirectes entre époux par personnes interposées, de la portion de biens qu'ils ne peuvent se donner* », et plus loin, le même orateur emploie l'expression de subterfuges qui indique clairement une pensée de fraude à la loi. Ce système, en ne permettant pas à la libéralité par personne interposée de produire effet même dans la limite de la quotité disponible quand elle a été faite dans le but d'excéder cette quotité, prévient suffisamment la fraude en la réprimant avec énergie tout en respectant les dispositions faites sans aucune pensée de fraude. Mais est-ce à dire que nous imposions au demandeur en nullité la preuve si difficile de l'intention frauduleuse? Non certainement. La libéralité par personne interposée n'est pas nécessairement frauduleuse, mais elle est suspecte, on doit donc présumer qu'une telle libéralité a été faite dans une pensée de fraude, surtout lorsque, de fait, elle excède la quotité disponible, mais

cette présomption ne saurait être considérée comme absolue et c'est au défendeur en nullité à prouver la bonne foi.

ART. 1100

L'article 1100 établit, lui aussi, une présomption d'interposition analogue à celle de l'article 911, mais les personnes présumées interposées ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre article. L'article 1100 vise deux classes de personnes : 1° Les enfants que l'époux du disposant a eus d'un autre mariage;

2° Les parents dont cet époux est héritier présomptif au jour de la donation.

1° L'article 1100 dit formellement *enfants issus d'un autre mariage*. Cela exclut d'une manière évidente les enfants nés du mariage actuel et rien assurément n'est plus raisonnable. L'affection que le père ou la mère donateur a pour son enfant, explique et justifie amplement la donation (Ricard, Pothier, n° 540; Grenier, n° 586; Vazeille, art. 1100, n° 3; Boutry, n° 511). Des auteurs ont pensé que par ces expressions *enfants issus d'un autre mariage*, la loi a voulu tout simplement dire enfants qui ne sont pas nés du mariage actuel, mais qu'elle n'exige pas, pour qu'il y ait présomption d'interposition que ces enfants soient issus d'un autre mariage.

En conséquence, disent-ils, on doit présumer l'interposition dans les donations faites à l'enfant naturel et à l'enfant adoptif du nouvel époux, aussi bien qu'à ses

descendants légitimes. L'affection supposée qui sert de base à la présomption légale et qui a fait étendre celle de l'article 911 aux enfants adoptifs et naturels, doit aussi leur faire appliquer la présomption de l'article 1100 d'autant que celle-ci est plus étendue et plus sévère que celle de l'article 911 (Aubry et Rau, t. VII, 1, 890, p. 280, texte et note 29 ; Troplong, t. IV, 2754). — La jurisprudence s'est aussi prononcée souvent dans ce sens.)

Si considérables que soient par leur nombre et leur autorité les jurisconsultes qui soutiennent cette opinion, les termes de la loi nous semblent trop formels pour qu'on puissent l'admettre. Comment comprendre que le législateur ait pu dire enfants *issus d'un autre mariage*, alors qu'il voulait dire, enfants qui ne sont pas nés du mariage actuel? La différence entre ces deux expressions est trop grande et trop évidente pour qu'on y voie une simple inexactitude de termes, et, dans une matière où l'on doit se tenir toujours autant que possible à la lettre de la loi, nous croyons qu'il faut se défier de ces substitutions d'expressions. L'analogie que l'on voudrait établir à cet égard entre l'article 911 et l'article 1100 ne ne nous semble pas exacte. Nous avons déjà fait remarquer que ces deux articles s'appliquaient dans deux ordres d'idées bien différents, que chacun a son domaine propre, et que l'on ne doit ni les étendre, ni les restreindre l'un par l'autre. De plus, dans l'article 911 la loi parle des enfants et descendants sans distinguer, et l'on comprend que l'interprète de la loi ne distingue

pas non plus. Dans l'article 1100, au contraire, les termes de la loi sont on ne peut plus restrictifs et l'on ne saurait les étendre sans abus. D'ailleurs, a-t-on à craindre que le nouvel époux, voulant gratifier secrètement son conjoint, aille choisir pour lui faire parvenir sa libéralité son enfant naturel simple ou surtout son enfant adultérin ou incestueux ? Une bienveillance si rare de la part du nouvel époux pour les fruits des faiblesses ou des désordres de son conjoint, pouvait-elle faire l'objet d'une présomption légale ? Il est vrai que ce motif ne s'applique plus à l'enfant adoptif. L'adoption, en effet, est honorable en elle-même et l'adoptant n'a aucnn intérêt à la cacher à son époux. Celui-ci pourra donc se laisser déterminer à choisir l'enfant adoptif de son conjoint comme donataire simulé pour faire passer l'objet de la libéralité à l'adoptant. La loi pourra être ainsi fraudée, nous le reconnaissons. Peut-être le législateur aurait-il dû faire une distinction sur ce point et étendre la présomption de l'article 1100 aux enfants adoptifs de l'époux. Cependant il ne l'a pas fait et il ne nous appartient pas de le faire à sa place.

Mais nous croyons qu'on doit comprendre sous le nom d'enfants tous les descendants légitimes. Cela est conforme au sens général que le législateur attache toujours au mot enfants. D'ailleurs, ici, les motifs sont les mêmes. (Caen, 6 janvier 1845, Dall., 1845, 2, 115; Agen, 5 décembre 1849, Dall., 1850, 2, 7.)

2° La seconde classe de personnes qu'atteint la pré-

somption de l'article 1100 est composée des parents dont l'époux se trouve être héritier présomptif au jour de la disposition, alors même que cet époux n'aurait pas survécu à son parent donataire.

Ce dernier membre de phrase est évidemment démonstratif et non limitatif; il faut l'entendre en ce sens que la présomption produira son effet alors même que pour une raison quelconque, le conjoint du donateur ne pourrait pas venir à la succession de son parent donataire, cela résulte des mots *encore que* qui indiquent que ce qui suit n'est qu'une explication de ce qui précède. Si le législateur a choisi pour cette explication le cas de prédécès de l'époux, c'est qu'il lui a paru que ce cas était le plus fréquent et qu'il a jugé inutile de mentionner les autres.

Une seconde proposition qui résulte de ces derniers mots de l'article 1100 et qui est corrélative à la première, c'est que du moment que l'époux n'est pas au jour de la disposition héritier présomptif de son parent donataire, il ne sera pas atteint par la présomption d'interposition alors même que pour une cause quelconque, il viendrait à succéder au donataire.

« Le législateur, disent Aubry et Rau, est parti de l'idée que, pour savoir s'il y a eu interposition de personnes, il faut uniquement considérer les rapports respectifs des parties au jour de la donation, en faisant abstraction des événements postérieurs qui peuvent avoir modifié ou anéanti les expectatives éventuellement

attachées à ces rapports. » (T. VII, § 690, note 27.)

La présomption de l'article 1100 ne doit pas s'appliquer aux ascendants dont l'époux n'est pas héritier présomptif au jour de la donation. Cela est contesté bien à tort sur le fondement d'un pasage de Pothier. (Grenier, n° 687; Toullier, n° 903.)

Enfin nous appliquerons à l'article 1100 le principe dont nous avons fait l'application à l'article 911 et suivant lequel la présomption d'interposition ne frappe la personne réputée interposée d'aucune incapacité personnelle.

Des observations qui précèdent, nous pouvons faire résulter certaines différences essentielles entre l'article 911 et les articles 1099 et 1100.

1° L'article 911 sanctionne des règles de capacité. — L'article 1099 des règles de disponibilité;

2° La présomption de l'article 911 est plus étendue que celle de l'article 1100 en ce sens qu'elle s'applique à tous les enfants et descendants de l'incapable qu'ils soient légitimes, adoptifs, naturels simples, adultérins ou incestueux; — celle de l'article 1100 ne s applique qu'aux enfants ou descendants *légitimes non communs*. C'est ce qui résulte clairement de la simple comparaison de ces deux articles;

3° A un autre point de vue, la présomption de l'article 1100 est plus étendue que celle de l'article 911; car tandis que ce dernier n'établit de présomption d'interposition qu'à l'égard des enfants et des père et mère.

l'article 1100 regarde comme personnes interposées tous les parents dont l'époux du disposant est héritier présomptif au jour de la donation. Mais l'article 911 et l'article 1100 ont cela de commun que tous deux ne visent que l'interposition faite en vue de frauder la loi.

Enfin quoique les articles 1099 et 1100 ne parlent que des donations, nul doute qu'on doive appliquer leurs dispositions aux legs.

III

Qui peut invoquer la nullité ?

S'il s'agit d'une nullité d'ordre public, toutes les personnes intéressées peuvent s'en prévaloir. Il n'y aura sans doute pas dans ce cas (nous l'avons déjà fait observer), d'action en nullité proprement dite, l'acte étant inexistant. Il y aura simplement lieu à l'exercice d'une action ordinaire, revendication par exemple, action qui implique et présuppose la nullité de la libéralité frauduleuse.

S'agit-il d'une nullité d'ordre purement privé ? Il y aura vraiment lieu alors à une action en nullité et cette action n'appartiendra qu'à ceux dans l'intérêt desquels la nullité a été établie.

Faisons l'application de ces principes aux différents cas dans lesquels il peut y avoir nullité et aux différentes personnes qui peuvent avoir intérêt à se prévaloir de cette nullité.

1° *Donateur*. — Nul doute qu'il ne doive être admis à se prévaloir de la nullité d'ordre public. C'est donc avec raison qu'il prétendrait être admis à prouver l'interposition frauduleuse faite par lui en vue de gratifier un établissement public reconnu ou non reconnu. Nous ne doutons pas qu'il ne puisse faire cette preuve par tous les moyens. C'est vainement qu'on objecterait qu'il a pu puisqu'il est l'organisateur de l'interposition s'enménager une preuve écrite. Nous répondons qu'il ne le pouvait faire sans témoigner par là même de l'intention d'attaquer plus tard la disposition. D'ailleurs cette nullité n'a pas été établie daus son intérêt; elle est d'ordre public.

Il s'agit d'une fraude et l'article 1353 est formel. La fraude peut se prouver par tous les moyens même par de simples présomptions. Et il s'agit bien évidemment dans ce texte de la fraude à la loi aussi bien que de la fraude à un intérêt privé. Il y a même pour le premier cas un *à fortiori*.

Quant à la nullité d'intérêt privé, le donateur pourra l'invoquer toutes les fois qu'elle aura été établie dans son intérêt. Telle est incontestablement la nullité qui sanctionne l'incapacité relative du tuteur à l'égard de son pupille (art. 906.) Il n'y a de question que dans les cas prévus par les articles 907 et 908. Nous croyons que dans ces deux cas le donateur ne pourra se prévaloir de la nullité. Cela n'est pas contestable dans l'hypothèse de l'article 907 puisque l'incapacité du médecin ne

peut être constatée qu'à la mort du disposant. — Quant à l'incapacité de l'enfant naturel (art. 908), nous avons essayé de démontrer plus haut qu'elle n'etait pas d'ordre public ; et il est certain qu'elle n'a pas été établie dans l'intérêt du donateur mais plutôt contre lui. Il ne peut donc s'en prévaloir. C'est en vain qu'il prétendrait être admis à prouver l'interposition frauduleuse pour faire restreindre la libéralité. Il y a d'ailleurs à cela un obstacle de fait invincible : L'incapacité de l'enfant naturel n'est que partielle et son étendue ne peut être fixée qu'à la mort de son auteur ; tant que vit le donateur la donation est donc inattaquable.

Enfin dans l'hypothèse de l'article 1099 le donateur ne peut, dans notre opinion, se prévaloir de la nullité de la disposition. Il est bien clair, en effet, que cet article ne sanctionnant que des règles d'indisponibilité introduite dans l'intérêt des héritiers réservataires seuls, n'est ni d'ordre public ni établie dans l'intérêt du disposant. Mais le donateur aura toujours le droit de prouver l'interposition de personnes à l'effet d'exercer son droit de révocation conformément à l'article 1096.

2° *Héritiers du donateur.* — Ils peuvent évidemment se prévaloir de la nullité dans tous les cas dans lesquels leur auteur le pourrait lui-même. Mais ils ont en outre, le droit d'invoquer la nullité dans certains cas où leur auteur ne le pourrait pas soit, par la nature même des choses comme dans l'hypothèse de l'article 907, soit parce que la nullite n'a pas été établie dans l'intérêt de

leur auteur mais dans leur propre intérêt comme dans les hypothèses des articles 908 et 1099. Encore dans ce dernier cas tous les héritiers ne sont-ils pas admis à se prévaloir de la nullité, mais seulement les héritiers réservataires.

3° *Légataires universels et à titre universel.* — Ils peuvent invoquer toutes les nullités dont le testateur aurait pu se prévaloir de son vivant. Ils peuvent même invoquer la nullité dérivant de l'article 907. — Mais peuvent-ils faire réduire les libéralités que leur auteur avait faites à son enfant naturel ? Nous ne nous occupons évidemment que du legs sérieux, laissant de côté une hypothèse, sur laquelle nous avons eu l'occasion de nous prononcer, et qui ne peut présenter aucune difficulté, celle où le prétendu légataire n'est qu'une personne interposée à l'effet d'enlever aux héritiers le droit de demander la réduction. Il est bien évident que les héritiers peuvent en établissant cette fraude faire annuler le legs universel et exercer en outre l'action en réduction de la libéralité faite à l'incapable (Cass., 3 juin 1861 ; Dall. 1861, 1, 218).

Mais que décider dans l'hypothèse ou le légataire est sérieux.

Il semblerait tout d'abord que l'action ne dut appartenir ni aux héritiers ni au légataire ; ni aux héritiers parce qu'ils n'y ont pas intérêt, étant exclus par le légataire universel ; ni à ce dernier parce qu'il n'a pas qualité pour l'exerçer, la nullité n'ayant pas

été établie dans son intérêt, et le droit de s'en prévaloir n'ayant pu lui être transmis par le testateur qui ne l'avait pas lui-même. De cette façon et par le conflit de ces principes, l'enfant naturel se trouverait garder légitimement la libéralité excessive qui lui serait faite.

Une pareille conséquence est inadmissible. Aussi décide-t-on généralement que le légataire universel pourra exercer l'action en réduction. (Demolombe, t. XVIII, n° 689; Troplong, t. XI, n° 634; — Cass., 7 février 1865, Sir., 1855, 1, 105.) — Nous inclinerons à penser que ce droit appartient plutôt aux héritiers. C'est en effet dans l'intérêt de la famille légitime que l'incapacité de l'article 908 a été établie; c'est donc aux membres de la famille légitime seuls ou à leurs ayants cause que l'action en nullité qui résulte de cette incapacité doit appartenir. — C'est en vain qu'on objecterait que l'héritier n'est pas réservataire (il faut le supposer pour que la question ait de l'intérêt); nous répondons qu'à l'égard de l'enfant naturel tout héritier a une réserve qui est de l'excédent de ce qu'a reçu l'enfant sur ce qu'il a droit de recevoir.

4° *Créanciers.* — Ils ont, en vertu du principe général posé dans l'article 1166, le droit de se prévaloir des mêmes causes de nullité que leur débiteur. Ils n'ont pas d'autres droits.

IV

Il existe deux causes générales d'extinction de l'action en nullité d'une libéralité frauduleuse faite à un incapable :

1° La renonciation expresse ou tacite de ceux qui peuvent invoquer cette nullité (*quisque renunciare potest favori pro se introducto*).

2° La prescription.

1° Sur la première de ces causes il ne nous reste pas grand chose à dire.

S'il s'agit d'une nullité établie dans un intérêt privé? celui dans l'intérêt duquel la nullité existe peut renoncer soit expressément soit tacitement à s'en prévaloir, en ratifiant la disposition ou en l'exécutant. Nous avons cités plus haut des arrêts qui font l'application de ce principe à l'action en réduction d'une libéralité faite à personne interposée par un père au profit de son enfant naturel.

S'agit-il d'une nullité d'ordre public? il est par trop évident qu'aucune renonciation valable ne peut avoir pour effet de valider la disposition infectée d'un vice radical et absolu.

2° Le principe est d'après l'article 1304 que toutes les actions en nullité se prescrivent par dix ans lorsqu'elles n'ont pas été soumises à une prescription plus courte

par quelque disposition spéciale. — Le principe est-il applicable en notre matière ? Aubry et Rau disent que l'action en réduction ou en nullité d'une donation ou d'un legs fait à un incapable se prescrit par 30 ans. Cela ne nous paraît pas exact. L'action en nullité proprement dite, celle qui est dirigée contre les libéralités simplement annulables tombe sous l'application de l'article 1304. Ces nullités peuvent, en effet, comme nous l'avons vu, être couvertes par la renonciation ou la ratification de la partie intéressée ; or la règle de l'article 1304 est fondée sur une présomption de ratification. Mais comme il s'agit en définitive d'une libéralité simulée par interposition de personnes, d'une fraude, le point de départ du délai de 10 ans sera le jour de la découverte de la fraude. (art. 1304, 2°).

Quant aux nullités de droit, celles qui frappent l'acte d'inexistence juridique, elles ne donnent lieu, nous le savons à aucune action en nullité proprement dite ; il ne peut donc être question de leur faire application de l'article 1304. Aucune prescription ne peut valider une donation qui n'existe pas. On ne valide pas le néant. Mais que devient l'action en revendication du donateur ou de ses héritiers ? N'est-elle pas prescrite par l'expiration du laps de 30 ans, en vertu du principe général posé dans l'article 2262. Cela revient à se demander si cet article établit une prescription extinctive de l'action réelle de revendication indépendante de la prescription acquisitive de la propriété de la chose revendiquée ? La

question s'est présentée devant la Cour de Cassation le 8 mai 1879 (Dall., 1880, I 1,147). Monsieur le Conseiller rapporteur et Monsieur l'Avocat général ont conclu tous deux à l'extinction de l'action en revendication. La Cour s'est prononoée dans cette affaire par des motifs étrangers à la question, mais qui sont erronés ; elle a déclaré prescrite par 30 ans, non l'action en revendication, mais l'action en nullité de la libéralité déguisée sous l'apparence d'une vente et faite à personne interposée au profit d'une congrégation non autorisée. C'est certainement là une erreur. L'acte étant inexistant il n'y avait pas lieu d'en poursuivre la nullité par une action distincte et séparée. On n'annule pas le néant. Il ne pouvait donc y avoir de prescription d'une action en nullité qui n'existait pas. Mais la question de l'extinction par prescription de l'action en revendication a été reprise en doctrine. M. le professeur Beudant dans de fort intéressantes observations en note de l'arrêt précité est venu donner à la thèse de Monsieur l'Avocat général l'appui de sa grande autorité. Enfin M. Laurent dans ses *Principes du droit civil*, t. VI, n° 166 et t. XXVI, n° 207 s'est prononcé dans le même sens. (V. aussi Seligmann, *Revue critique* 1879, p. 385). On invoqne à l'appui de cette thèse les termes généraux et absolus de l'article 2262 qui déclarent prescrites par 30 ans toutes les actions *tant réelles* que personnelles. L'action réelle en revendication est évidemment comprise dans cette formule car l'article ne distingue pas. On ajoute que le

motif supérieur d'ordre public sur lequel est fondé l'article 2262 et qui interdit de remettre en question des faits remontant à plus de 30 ans, exclut lui aussi toute distinction tendant à mettre l'action en revendication à l'abri de l'effet extinctif de la prescription. Sans doute d'ordinaire l'extinction du droit préexistant coïncide avec l'événement du droit nouveau qui naît au profit du possesseur, mais ces deux effets quoique le plus souvent réunis sont indépendants l'un de l'autre.

Pour nous, nous ne saurions admettre ce système. Nous croyons, comme l'enseigne notre savant professeur, M. Bufnoir, qu'il est contraire à la législation du Code et aux traditions les plus sûres de notre ancienne jurisprudence. Et d'abord nous devons mentionner la conséquence curieuse mais nécessaire qu'on a tirée de ce principe qu'il existe dans autre droit une prescription extinctive des droits réels : l'action en revendication étant prescrite, l'ancien propriétaire n'étant plus propriétaire puisqu'il a perdu l'action sans laquelle son droit est dépourvu de force, et le possesseur n'ayant pu le devenir, le bien devient *res nullius* et appartient à l'État qui a le droit et le devoir de le revendiquer. Ainsi avec ce système on en arrive à faire que la prescription engendrerait des biens qui n'auraient aucun maître et qui seraient vacants, alors au contraire que la prescription a été introduite pour consolider les situations. En outre il n'y a aucun intérêt à dépouiller le propriétaire par la prescription tant qu'il ne s'est pas élevé

un droit rival du sien ; Pothier le disait expressément : la propriété ne se perd pas par le non usage. L'article 2262 ne prouve rien contre la doctrine que nous soutenons. En effet, cet article n'est que la reproduction exacte des dispositions de notre ancien droit et la doctrine que nous combattons était repoussée par toute notre ancienne jurisprudence. Les travaux préparatoires du Code ne laissent non plus aucun doute sur la fausseté de cette doctrine. Ajoutons que cette doctrine est inconciliable avec certaines dispositions du Code sur la prescription. Nous faisons allusion aux textes qui s'occupent des effets de la détention précaire (art. 2236 et suiv.) — Le Code décide que les détenteurs précaires ne peuvent pas prescrire, il interdit aussi l'acquisition par prescription aux héritiers du détenteur et cela parce qu'ils ne sont pas possesseurs. Mais si l'action en revendication s'éteint faute d'avoir été exercée dans les 30 ans alors même qu'il n'y a pas eu de possession utile pour prescrire, les héritiers du détenteur pourraient repousser à leur profit ou, dans une autre doctrine, au profit de l'État la revendication du propriétaire. Est-ce là ce que la loi a voulu ? Évidemment non. Elle a voulu que le droit du propriétaire restât intact.

Nous croyons donc que dans l'espèce de l'arrêt de 1876, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une donation faite par personne interposée à une congrégation non autorisée. le donateur, ses héritiers et ayants cause, en un mot, toute personne ayant intérêt peut revendiquer avec succès le bien même après 30 ans.

CHAPITRE IV

DE L'INTERPOSITION NON FRAUDULEUSE.

Nous avons terminé ce qui concerne l'interposition de personnes dans une donation ou dans un legs fait en vue d'éluder les dispositions prohibitives de la loi, ce qui est à proprement parler le commentaire des articles 911, 1099 et 1100. Il nous reste à parler des cas dans lesquels l'interposition ne se propose aucun but illicite et n'est qu'un moyen simplement indirect, ostensible ou secret, de faire ce que l'on pourrait très valablement faire directement. — Trois points doivent solliciter notre attention.

I. A quelles conditions une libéralité par personne interposée quand elle n'a pas pour but d'éluder les prohibitions de la loi est-elle valable ?

II. Quel est le sort des dons manuels faits à personnes interposées ?

III. Quels sont les effets de l'interposition de personnes relativement aux règles sur le rapport, la réduction et la révocation des donations ?

I

Nous n'avons rien à dire du cas où l'interposition se présente sous la forme d'un fidéicommis exprès ; ce cas ne présente en effet aucune difficulté. Mais que dire du cas où l'interposition est un fidéicommis tacite.

La majorité des auteurs et un grand nombre d'arrêts déclarent nuls la disposition testamentaire qui indique un fidéicommis sans désigner le nom du fidéicommissaire. Telles sont les dispositions ainsi conçues : « je lègue tous mes biens à X pour en faire l'emploi convenu entre nous, » ou « je nomme pour mon légataire universel X... qui connaît mes intentions et en qui j'ai toute confiance. »

Les raisons sur lesquelles on se fonde pour annuler ces dispositions sont de trois sortes :

1° Le legs en question s'adresse en réalité à une personne incertaine, c'est-à-dire dont l'individualité ne peut être déterminée par le testament lui-même.

2° Le testament est de sa nature un acte essentiellement solennel, la volonté du testateur ne peut donc produire d'effet qu'autant qu'elle s'est manifestée dans les formes prescrites par la loi. — On ne peut se référer à un acte autre que le testament lui-même ou un codicible régulier, encore moins à la déclaration d'un tiers pour faire valoir une disposition de dernière volonté

qui n'est point exprimée dans les formes du testament ou du codicible.

3° Enfin, valider de semblables dispositions ne serait-ce pas permettre à la fraude de s'exercer librement et impunément ? Comment la découvrir et la réprimer ?

Nous avouons que de toutes ces raisons la dernière seule nous touche.

Quant à l'argument tiré de l'incertitude de la personne gratifiée, il est peu concluant. L'incertitude sur la personne du bénéficiaire d'une disposition à titre gratuit, n'est en effet une cause de nullité de la disposition qu'autant qu'elle porte sur la personne du bénéficiaire direct ; et il est bien naturel en effet que la disposition soit nulle puisqu'il est impossible de l'éxécuter. Mais il en est autrement quand la disposition s'adresse à une personne certaine et capable à la charge pour elle de transmettre les biens à une personne convenue entre le disposant et le bénéficiaire apparent. Dans ce cas on se trouve en présence d'une volonté ferme et bien déterminée en ce qui concerne au moins la disposition principale. Aucun doute ne plane sur l'individualité de la personne instituée. Il n'y a aucune impossibilité matérielle à l'exécution de la disposition. On ne peut pas dire qu'il y ait là un legs à personne incertaine. La disposition est en réalité un legs fait à une personne capable et certaine et grevée d'un fidéicommis tacite au profit d'un tiers secrètement convenu. Or jamais on n'a considéré le fidéi-

commis tacite comme constituant un legs à personne incertaine.

L'argument déduit de ce principe que le testament est un acte solennel dans lequel doit nécessairement être exprimée, pour être valable, toute disposition de dernière volonté, n'est pas non plus péremptoire. Sans doute on ne peut tester verbalement en ce sens que le testament verbal ne peut conférer à celui au profit duquel il serait fait un véritable droit dont il pourrait poursuivre judiciairement l'exécution en qualité de légataire. Mais rien ne s'oppose à ce qu'une personne, après avoir régulièrement disposé de ses biens au profit d'une autre, la charge secrètement de les restituer en tout ou en partie à un tiers désigné. Dans ce cas le tiers appelé à recevoir les biens n'est pas un légataire, c'est un simple fidéicommissaire, dépourvu de tout droit et de toute action, comme l'était le fidéicommissaire romain. La disposition est réellement un fidéicommis tacite dont l'exécution est abandonnée à la conscience du fiduciaire. Le fidéicommis n'a jamais perdu ces caractères ni en Droit romain ni dans notre ancienne jurisprudence; et aucune disposition n'autorise à penser que le législateur du Code en ait décidé autrement.

Le troisième argument est plus fort mais il ne nous paraît pas non plus sans réplique. Valider ces fidéicommis tacites serait, dit-on, rendre impossible la découverte et la répression de la fraude? Cela n'est pas complètement exact. Sans doute il pourrait en arriver ainsi si l'on

n'annulait la disposition qu'autant qu'il serait manifestement prouvé que le véritable bénéficiaire est un incapable ; mais telle n'est pas notre pensée. L'interposition de personnes, même quand elle se dissimule n'est pas par elle-même une cause de nullité de la disposition qui en est affectée ; mais elle rend cette disposition fortement suspecte ; elle engendre nous en convenons une présomption de fraude. Mais cette présomption n'est pas absolue. Il ne peut y avoir de présomption absolue et irréfragable en l'absence d'un texte formel. Pourquoi donc ne validerait-on pas la disposition lorsqu'il apparaîtrait clairement qu'elle n'a rien de frauduleux ; quand le bénéficiaire direct offrira de prouver et prouvera en effet très clairement que le fidéicommissaire est une personne parfaitement capable au profit de laquelle le disposant aurait pu faire directement une libéralité valable ?

C'est un principe qui domine toute notre législation, qui résulte très clairement de nombreux textes du Code et notamment de l'article 911, que l'on peut faire indirectement et d'une manière déguisée tout ce que la loi permet de faire directement. La jurisprudence tout entière et un grand nombre d'auteurs vont jusqu'à faire céder devant ce principe toutes les dispositions impératives du Code sur les formes solennelles des donations entre-vifs. Pourquoi se montrerait-on plus sévère à l'égard des fidéicommis tacites dont nous nous occupons alors que toute idée de fraude est écartée ?

Notre ancienne jurisprudence validait sans hésitation

ces dispositions comme en témoigne de nombreux arrêts de Parlements (V. Brodeau sur Louet, lettre L., parag. 5; Basnage, *sur la coutume de Normandie.* t. II, *tit. des testaments*, article 412; Mantica, *De cont. tacit.* Lib. VIII, tit. IV, nos 1, 2, 3). Un arrêt du parlement de Paris du 27 janvier 1684 décide qu'une personne peut être dépositaire secret de la volonté d'un testateur pour disposer d'un legs même universel. Furgole (*Quest. sur les don.* 46, n° 37) cite cet arrêt et l'approuve; il cite aussi dans le même sens *Godefroy sur la loi Theopomopus* (L. 14, D. *De dite præleg.)* Ajoutons que les dispositions de ce genre peuvent être inspirées par les motifs les plus honorables, les plus respectables. Les annuler ce serait souvent ravir aux mourants la consolation précieuse de réparer leurs torts par des restitutions posthumes sans souiller leur mémoire et leurs noms. C'est ce qu'exprime fort bien Bergier dans ses notes sur Picard (part. 1, n° 592) : Ces dispositions, dit-il « présentent un danger : elles pourraient servir de voile pour déguiser un fidéicommis tacite en faveur d'une personne incapable. Mais l'affirmation qu'on ne manque jamais d'exiger de ces exécuteurs des volontés secrètes du testateur, écarte le danger de fraude ; et ce danger écarté, le secret du testateur, qui presque toujours est celui de sa conscience dans ces dispositions mystérieuses, doit être sacré.

« Si l'on forçait les testateurs, auxquels le remords commande quelquefois des dispositions que l'honneur défend d'avouer, à consigner leur propre turpitude

dans leurs testaments, combien n'en verrait-on pas qui, manquant de courage pour sacrifier le soin de leur mémoire à l'intérêt de leur salut, aimeraient mieux mourir injustes que déshonorés? Que dis-je? Ce sacrifice de la réputation ne peut pas être condamné: il est contre la nature. Dispenser les héritiers d'être fidèles aux dispositions dont le testateur n'a confié le secret qu'à un ami prudent, ce serait donc dispenser le testateur d'être juste. » Mais Bergier s'empresse d'ajouter: « Il n'est pas besoin d'observer que les circonstances sont toujours beaucoup à considérer. La nature de la chose léguée, son importance, l'état du testateur, et le degré de confiance que mérite le dépositaire du secret par ses mœurs, son état, sa conduite, tout cela doit être pesé avec sagesse afin de ne pas laisser glisser la fraude sous le manteau de la conscience » (*eod. loc.*).

La jurisprudence quoiqu'elle proclame en principe la nullité de ces dispositions hésite elle-même à faire l'application de son système et elle se condamne ainsi à des distinctions et à des contradictions injustifiables. Un sieur R. dit dans son testament: « *Je donne à ma femme tous mes autres biens... le don que je fais à ma femme a une destination; je suis sûr qu'il n'y sera rien changé* ». Cette disposition est querellée de nullité mais elle est validée par ce motif que « en se servant de cette expression si simple et si formelle, *je donne*, et en n'exprimant aucune restriction, aucune condition, R... avait suffisamment fait connaître que, dans sa pensée,

il préférait sa femme à tous héritiers et à tous autres légataires qu'il ne voulait pas lui léguer un simple usufruit, et qu'il entendait au contraire, qu'elle fut propriétaire, maîtresse de disposer, d'aliéner les biens et de les appliquer à ses besoins ; qu'à la vérité, par cette expression : *ce don à une destination*, je suis sûr qu'il n'y sera rien changé, le sieur R... a révélé qu'il avait prié sa femme de disposer à son tour de telle ou telle manière ; mais que cette prière, il a pu la faire sans blesser, ni la loi, ni la raison, ni la morale ; qu'en la faisant il n'a pas considéré sa femme comme sa mandataire ; il s'est confié seulement à sa loyauté, pour le cas où n'ayant pas besoin d'appliquer à son profit les objets composant sa libéralité elle viendrait à disposer à son tour ; et une simple énonciation de cette confiance écrite dans son testament ne saurait en anéantir l'effet ». (2 mai 1841, Sir. 1841,2,17). Cet arrêt n'est que le résumé de la doctrine à laquelle s'en est tenue la jurisprudence. C'est par les mêmes motifs que la jurisprudence a validé des dispositions ainsi conçues : « *Je legs à* X.. *qui connaît mes intentions et en qui j'ai la plus grande confiance* » (rej., 8 août 1826, Dall., *Disp.*, n° 326), ou « pour qu'il fasse de ma succession l'usage que je lui indiquerai par une note séparée, mais sans qu'il puisse être recherché par qui que ce soit au sujet de ma succession » (Pau, 9 juin 1857, Dall., 1858, 2, 137).

Mais d'autres arrêts annulent des dispositions absolument identiques par la seule raison qu'elles portent,

je charge au lieu de *je prie*, ou qu'elles sont conçues dans toute autre forme impérative et non précative. (V. Paris, 7 déc. 1860, Sir., 1861, 3, 835; 23 mai 1865, Sir. 1865, 2, 285; Cass., 30 nov. 1869, Sir., 1870, 1, 119; Dijon 1874, Sir. 1874, 2, 253). Mais cette distinction ne se justifie pas. Peu importe que le testateur se soit exprimé d'une manière impérative ou précative. Dans les deux cas il ne s'agit en réalité que d'un fidéicommis tacite. La voie qu'a suivie le testateur témoigne suffisamment qu'il a entendu s'en rapporter à la conscience de celui qu'il nommait son légataire.

Les vrais principes en cette matière ont été nettement posés par la Cour de Lyon dans un arrêt du 14 février 1862 (Sir., 1862, 2, 215). «... Considérant que si le legs a été secrètement accompagné de fidéicommis, cette circonstance ne saurait l'invalider pourvu qu'il ne contrevienne pas aux dispositions de l'article 911 et qu'il n'ait point été fait sous le voile d'une interposition de personne, au profit d'un incapable de recevoir; — qu'en effet, d'une part, le fidéicommis est licite, et, d'autre part, l'existence du fidéicommis ainsi que ses suites sont distinctes de l'existence et des suites du legs; — que le legs produit au profit de celui qui est désigné par le testament pour le recueillir un droit sanctionné par la loi, en vertu duquel le légataire peut appréhender ou se faire délivrer la chose léguée; — qu'il n'en est pas de même de celui qui est secrètement appelé à bénéficier d'un fidéicommis; — que le fidéicommis crée contre le

légataire qui en est chargé une obligation naturelle ou morale, mais non une obligation civile ou juridique de remettre la chose fidéicommise ; que tout dépend à ce sujet de son for intérieur, de sa conscience, de sa fidélité à se conformer au vœu du testament, sans aucun bien de droit qui permette de l'y contraindre ; — qu'il suit de ces principes que, hors le cas de l'article 911, le légataire, chargé secrètement de fidéicommis, est aux yeux de la loi et dans la réalité, investi de la propriété de la chose qui fait l'objet du legs, et que ce n'est que par rapport à lui que peut être examinée la question de savoir si le legs a été fait à une personne certaine et déterminée. »

DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE

Mais nous croyons que la solution doit être toute différente si la personne instituée légataire par le testateur est laissée libre de choisir le tiers à qui elle devra remettre les biens. Ici en effet on ne se trouve plus en présence d'une volonté, peut-être secrète, mais néanmoins bien nette du testateur; ces dispositions avec faculté d'élire sont plutôt une abdication de sa volonté entre les mains d'un tiers; elles manquent par conséquent d'un des caractères essentiels du legs; car la loi exige que le testament soit l'œuvre de la volonté personnelle et directe du *de cujus*. D'ailleurs, les raisons de morale et d'équité que nous invoquions tout à l'heure ne se rencontrent plus ici. — « Aliud est, disait Godefroy, in alterius voluntatem aliquid conferre, aliud alicui amico mandare, tanquam mentis suæ instructor. » (Sur la loi 1410, *De dote prœleg*. ajoute Furgole, *quest. sur les donat.*, 46, n° 37.)

Le Droit romain posait en règle que toute disposition testamentaire devait être l'expression de la volonté personnelle du testateur; et qu'en conséquence, le testa-

teur ne pouvait commettre à un tiers ni le choix de ses héritiers ni celui de ses légataires. (L. 32, D., *De hæred. instit.* — L. 52, D., *De cond. et demonst.*) Cependant il résulte de la loi 7, § 1. D., *De rebus dubiis* que cette prohibition ne s'appliquait qu'au cas où la faculté d'élire était illimitée, le testateur pouvant valablement charger un tiers de lui nommer soit pour héritier, soit pour légataire, soit pour fidéicommissaire, une personne dont il lui laissait le choix dans une catégorie déterminée. On en donnait pour raison que la disposition ne dépendait pas alors de la volonté de celui à qui ce pouvoir était confié. — Dans notre ancienne jurisprudence beaucoup d'auteurs déclaraient nul le legs avec faculté d'élire *cum in alienum arbitrium confertur*. Cette faculté fut formellement abolie par l'ordonnance de 1731. La loi du 17 nivose an II renouvela cette prohibition.

Aujourd'hui il ne peut y avoir doute sur la prohibition absolue de cette faculté en présence de la disposition formelle de l'article 967. (Voir au surplus la déclaration fort nette à cet égard du tribun Jaubert, Fenet, t. XII, page 469.) La jurisprudence annule presque toujours les dispositions de cette nature. (Agen, 25 novembre 1861, Sir., 1862, 2, 17 ; Cass., 12 août 1863, Dall., 1863, 1, 356.) Cependant nous avons vu précédemment des arrêts qui valident des legs charitables ou pieux présentant tous les caractères de la disposition avec faculté d'élire.

II

Les dons manuels par personnes interposées sont, comme toutes les autres donations, parfaitement permises, lorsqu'ils ne sont pas destinés secrètement à des incapables; l'article 1937 ne laisse aucun doute à cet égard. Pas de difficulté, quand les objets sont remis par le tiers interposé au véritable donataire du vivant même du donateur et de son consentement. Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait remise effective, il suffit que le donataire réel ait accepté du vivant du donateur. Dans les deux cas la donation est parfaite et le donateur est complétement dessaisi.

Mais que décider dans l'hypothèse où le donateur est décédé n'ayant ni retiré la chose déposée ni déclaré sa volonté de la reprendre ? On discute beaucoup sur le point de savoir si, en ce cas, le donataire ou ses représentants peuvent encore valablement accepter la donation, ou si la chose déposée doit être remise à l'héritier du donateur, conformément à l'article 1939. Deux cas peuvent se présenter : ou le donateur n'a pas déterminé l'époque de la tradition à faire au donataire ; ou il a lui-même ajourné la tradition à une époque postérieure à son décès. Il est incontestable que la remise serait parfaitement valable si le dépositaire avait accepté pour le donataire en vertu

d'un mandat. Dans ce cas, en effet, la donation serait parfaite du vivant même du donateur, le dépositaire ayant été saisi au nom et pour le compte du donataire.

Il n'y aurait pas de question non plus dans le cas ou le dépositaire aurait agi comme gérant d'affaires du donataire, mais à la condition que le donataire eut ratifiée cette gestion du vivant du donateur. Dans ce cas encore ce dernier aura été irrévocablement dessaisi de son vivant. Mais lorsque le dépositaire n'a agi ni comme mandataire ni comme gérant d'affaires du donataire, la remise ne peut plus être faite valablement quand le donateur n'a fixé aucune époque pour la faire. Dans ce cas en effet le dépositaire n'était que le mandataire du donateur et le mandat a pris fin par la mort du mandant (art. 2003 et 1939). La jurisprudence est unanime sur ce point (V. Cass. crim., 22 nov. 1819 et Paris 1er mars 1820; Dall., *Dispos.*, n° 1646; — Douai, 31 déc. 1834, Dall., 1835, 2, 83; — Paris, 14 mai 1853, Dall., 1854, 1, 256. — Ajout. Troplong, *dépôt* n° 1646; Demolombe, t. XX n° 65). — On ne peut dire que le donateur a été dessaisi par la remise qu'il a faite au tiers interposé, ni que celui-ci a agi comme gérant d'affaires du donataire. En effet, l'intermédiaire choisi n'est que l'homme du donateur, de plus, la ratification pour être efficace devait intervenir du vivant du donateur. Le système contraire aboutirait à dépouiller le donateur même de son vivant et avant toute acceptation du droit

de reprendre l'objet déposé, ce qui est insoutenable. (Demolombe, *loc. cit.*).

Mais en est-il de même au cas où le mandant a subordonné lui-même l'accomplissement du mandat à la condition de sa mort ? Il est de principe que le mandat ne finit pas par le décès du mandant, lorsqu'il a pour objet un acte à faire après le décès du mandant (V. Cass. req., 22 mai 1860, Dall., 1860, 1, 448 et note ; id. 30 av. 1867, Dall., 1867, 1, 403). Or, si le mandat continue pourquoi le mandataire ne pourrait-il pas faire la remise? N'est-il pas étrange, dit-on, que l'événement auquel le mandant lui-même a subordonné l'accomplisement du mandat soit le seul obstacle à son exécution ; Aussi de nombreux arrêts se sont-ils prononcés, dans ce cas, contre l'application de l'article 1939 (Civ. 11 déc. 1815 et req. 2 avril 1823, Dall. Disp., n°s 1647 et 1648 ? Lyon, 25 fév. 1835, Dall. 1835, 2, 150 ; — Amiens, 16 nov. 1852, Dall. 1854, 2, 255).

On objecte à ce système que le don manuel devient, dans cette hypothèse, une donation à cause de mort et que ces sortes de donations sont prohibées dans notre droit. Sans entrer dans la question, d'ailleurs très discutable, de savoir s'il est permis de faire un don manuel à cause de mort, nous répondons que toute donation même à cause de mort, suppose l'acceptation du donataire ; or dans notre hypothèse il n'y a pas eu d'acceptation du donataire du vivant du donateur, l'opération ne peut donc constituer une donation à cause *de mort*. La vraie raison de dé-

cider, selon nous, c'est qu'en admettant même la persistance du mandat après la mort du mandant, il n'en résulte aucunement que l'on puisse valider un acte qui exigerait pour sa formation le concours des volontés du mandant, lequel est décédé, et d'un tiers avec lequel le mandataire traite. Cependant la jurisprudence admet généralement (Cass., Dall. 1867, 1, 170) que quand il s'agit de dons manuels faits à un établissement reconnu, l'autorisation administrative qui doit valider l'acceptation de la libéralité par l'établissement, puisqu'elle est la condition même la capacité de cet établissement, peut intervenir après le décès du donateur.

(V. dans le sens de notre opinion, Caen, 12 mars 1827, Dall., 1828, 2, 69; — Montpellier, 6 mars 1829, Dall., 1829, 2, 60; — Cass. req., 16 août 1842, Dall., 1842, 1, 341; — Cass. civ., 29 avril 1846, Dall., 1846, 1, 245).

III

Les libéralités par personnes interposées, valables quand elles sont faites réellement à des personnes capables, sont révocables pour cause d'ingratitude du donataire réel et ne le sont pas pour cause d'ingratitude du donataire apparent, de la personne interposée. De même elles sont rapportables à la succession du donateur quand le bénéficiaire indirect est un successible du donateur, non rapportables au contraire si l'héritier est

le donataire ostensible mais non réellement gratifié.

En un mot les choses doivent se régler, dans le cas d'une libéralité par personne interposée, comme si la disposition était faite directement au profit du bénéficiaire réel.

Cette doctrine est cependant contestée. On soutient que le fait par le donateur d'avoir pris une voie détournée pour gratifier son successible dénote évidemment de sa part l'intention de dispenser le donataire du rapport. Le Code lui-même le dit, ajoute-t-on? puisque supposant dans les articles 847, 848, 849 que la donation est faite au successible par l'interposition de son père, de son enfant ou de son conjoint, il la dispense expressément du rapport.

Cette objection ne nous parait pas fondée. L'article 843 exige le rapport de tout ce que le successible a reçu directement ou indirectement et exige que la dispense de rapport soit expresse; elle n'impose sans doute aucune formule sacramentelle, mais faut-il au moins que l'intention du disposant soit bien certaine. Or, cette certitude ne résulte pas du tout du fait de l'interposition. Beaucoup d'autres motifs ont pu amener le disposant à prendre cette voie. Il est d'autant moins nécessaire de présumer la dispense de rapport que le disposant aurait pu, sans rendre publique l'interposition, manifester clairement et d'une manière certaine dans un acte distinct et séparé sa volonté de dispenser le successible du rapport.

Quant aux articles 847, 848 et 849 ils ne sont qu'une application pure et simple du principe que le rapport n'est dû que par ceux qui sont à la fois héritiers et donataires ou légataires. Bien loin donc d'établir une présomption d'interposition, les articles 847, 848 et 849 ne veulent dire qu'une chose à savoir que le successible ne doit pas le rapport des libéralités faites à son fils à son père ou à son conjoint, *parce que s'il est héritier ab intestat du donateur, ce n'est pas lui qui est donataire ou légataire.*

Si la formule de la loi peut prêter d'abord à quelque doute à cet égard c'est que le législateur a été précisément préoccupé d'abroger la présomption d'interposition que les coutumes de Paris et d'Orléans, qui n'admettaient pas les libéralités préciputaires, avaient dû établir à l'égard des proches parents du successible. (V. Demolombe, t. III, n° 183 *bis* et t. IV, n° 185 et suiv.)

C'est aussi le sentiment général de la jurisprudence : « Considérant, dit la cour de Paris, que l'article 849 C. civ. quand il dispose que les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible sont réputés faits avec dispense de rapport, signifie seulement que le conjoint successible n'est pas tenu de rapporter le don fait à l'autre époux, parce qu'il n'est pas réputé donataire ; que cette interprétation ressort non seulement de la combinaison de son texte avec les deux articles qui précèdent, mais encore et surtout de sa seconde disposition qui

n'est que l'explication de la première ; qu'ainsi lorsque les dons et legs sont faits conjointement aux deux époux dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié et non le tout parce qu'il n'est donataire en titre et en nom que de la moitié ; tandis que si les dons et les legs sont faits à l'époux successible, il les rapporte en entier étant donataire du tout ; que bien loin de fonder ses dispositions sur une présomption d'interposition de personne du père au fils ou d'un conjoint à l'autre, la loi écarte au contraire toute fiction légale pour s'en tenir à la seule réalité, telle qu'elle ressort des actes, à moins sans doute, que les faits et documents particuliers n'établissent la simulation et l'interposition des personnes : qu'ainsi entendus les articles 847, 848, 849, C. civ. ne font que consacrer et appliquer le principe fondamental, qui régit toute la matière des rapports, à savoir que celui-là seul est tenu de rapporter qui est effectivement donataire ou légataire :» (Paris 6 déc. 1880 et cass. req. rej., sir. 1882, 1, 158).— (V. cep. D. P, 1855, 1, 433 et 434. — 1864, 1, 173 et 175). Enfin en ce qui concerne la réduction, on ne saurait comprendre comment, en dehors de l'hypothèse de la donation entre époux (art. 1099 et 1100) l'interposition simple pourrait avoir pour effet d'y soustraire une donation ou un legs.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I

Le contrat *litteris* n'opérait pas novation.

II

La charge de la preuve de la numération des deniers sur l'exception *non numeratæ pecuniæ* et sur la *condictio sine causa* incombait au créancier quoique cette numération fut avouée dans la *cautio* signée par le débiteur.

III

Les *chirographa* et les *syngraphæ* n'ont jamais eu pour effet d'engendrer des obligations *litteris*.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I

Dans le droit classique, le possesseur de bonne foi acquérait définitivement les fruits par cela seul qu'ils étaient séparés du sol.

II

Le possesseur de bonne foi qui avait fait des impenses, et notamment des constructions, sur le fonds d'autrui, pouvait, après sa dépossession, répéter par une *condictio* la valeur dont le propriétaire du fonds se trouvait enrichi.

III

Les enfants issus du concubinat ne se rattachaient à leur père par aucun lien légal.

IV

L'erreur de droit pouvait, pour l'exercice de la *condictio indebiti*, être invoquée comme l'erreur de fait quand elle était excusable.

DROIT CIVIL

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I

Le bénéficiaire d'une charge imposée par le testateur à son légataire, est au fond un véritable légataire et doit être capable au moment de la mort du testateur.

II

L'exécution d'une libéralité faite au profit d'une œuvre ne peut être confiée qu'à l'établissement public ou d'utilité publique dans les attributions duquel rentre l'œuvre gratifiée.

III

Est nulle, par application des articles 908 et 911 du Code

civil combinés, la libéralité entre vifs ou testamentaire faite par l'un des parents d'un enfant naturel à l'autre, alors que la reconnaissance, émanée de l'un ou de l'autre des parents, qui révèlerait le fait auquel la loi attache l'incapacité, serait postérieure à la donation ou au décès du testateur.

IV

Les articles 1099 et 1100 n'ont pas pour but de sanctionner le principe de la révocation des donations entre époux, posé dans l'article 1096.

V

La présomption d'interposition établie par l'article 1100 à l'égard des enfants du conjoint du donateur, ne doit s'appliquer qu'aux enfants légitimes et non aux enfants naturels ou adoptifs.

VI

La remise des objets compris dans un don manuel fait par intermédiaire ne peut être effectuée par cet intermédiaire après le décès du donateur s'il n'est intervenu du vivant du donateur, aucune acceptation de la part du donataire ; alors même que le donateur aurait ajourné la remise de ces objets à une époque postérieure à son décès.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

I

Le créancier ayant hypothèque sur un fonds indivis du chef de l'un des copropriétaires de ce fonds ne peut prétendre aucun droit de préférence sur la portion du prix revenant à son débiteur dans l'adjudication tranchée au profit d'un autre copropriétaire.

II

L'individu né en France d'un père étranger doit réclamer la nationalité française et faire la déclaration requise par l'article 9 du Code civil dans l'année qui suit celle de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, et non pas dans l'année qui suit celle de sa majorité telle qu'elle est déterminée par la loi étrangère.

III

La transcription d'une saisie immobilière ne confère pas au saisissant le droit d'opposer à l'acquéreur de l'immeuble saisi le défaut ou la tardiveté de la transcription de son titre.

IV

La nullité résultant de l'incapacité de l'un ou des deux futurs époux figurant au contrat de mariage est une nullité absolue dont les tiers peuvent se prévaloir.

PROCÉDURE CIVILE

I

Le président du tribunal qui a accordé une permission de saisir-arrêter, sauf à lui en référer en cas de difficultés, ne peut, en référé, ni rapporter son ordonnance ni en restreindre les effets, si la demande en validité de la saisie-arrêt est déjà pendante devant le tribunal.

II

Les articles 733 et suivants du Code de procédure civile, relatifs à la folle-enchère, sont applicables à la vente sur licitation, bien que l'adjudicataire soit un des colicitants et

sans qu'il y ait lieu de distinguer si le cahier des charges a prévu et autorisé, ou non, cette procédure.

DROIT CRIMINEL

I

La peine accessoire de la relégation ne peut être prononcée lorsqu'une condamnation unique est prononcée à raison de deux délits dont un seul emporte relégation, à la condition que la peine soit supérieure à trois mois d'emprisonnement, s'il est impossible de déterminer dans quelle proportion la peine s'applique à chacun des délits reconnus constants.

II

Les infractions dites délits contraventionnels, qui sont constituées par le seul fait matériel et punies néanmoins de peines correctionnelles, sont de véritables délits, et donnent lieu, en conséquence, à l'application des règles sur la complicité et du principe du non-cumul des peines.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu par le président de la thèse,
C. BUFNOIR.

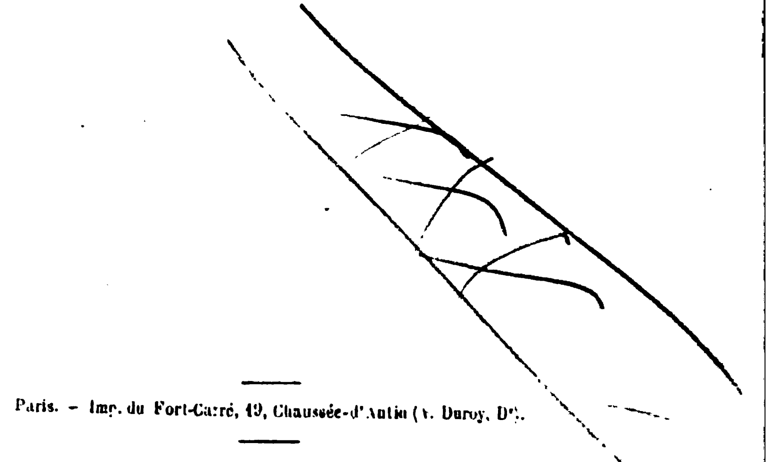
Vu et permis d'imprimer :
Le vice recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

Imp. du Fort-Carré, St-Dizier (Hte-Marne). (A. Duroy, Dr). 8165-6.



Paris. — Imp. du Fort-Carré, 19, Chaussée-d'Antin (V. Duroy, D^r).

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

BONA ADVENTITIA

EN DROIT ROMAIN

ESSAI SUR

L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS

DES ENFANTS MINEURS DURANT LE MARIAGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges BUGEAU

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13.

1886

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

BONA ADVENTITIA

EN DROIT ROMAIN

ESSAI SUR

L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS

DES ENFANTS MINEURS DURANT LE MARIAGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 15 avril 1886, à midi.

PAR

Georges BUGEAU

AVOCAT À LA COUR D'APPEL

Président : M. COLMET DE SANTERRE.

Suffragants : MM. GARSONNET, professeur
Henry MICHEL, agrégé
CHAVEGRIN, id.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13.

1886

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

BONA ADVENTITIA

EN DROIT ROMAIN

ESSAI SUR

L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS

DES ENFANTS MINEURS DURANT LE MARIAGE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 15 avril 1886. à midi.

PAR

Georges BUGEAU

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. COLMET DE SANTERRE.

Suffragants : MM. GARSONNET, professeur
Henry MICHEL, agrégé
CHAVEGRIN, id.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13.

1886

A MON PÈRE

DROIT ROMAIN

DES BONA ADVENTITIA

INTRODUCTION

1. — A envisager le droit Romain lors de sa formation et même pendant toute la durée de la République, on constate pour le fils de famille l'impossibilité absolue d'acquérir un patrimoine propre. Les biens qui lui adviennent, qu'ils soient le fruit de son travail personnel ou qu'il les recueille par succession ou donation, entrent dans le patrimoine du *paterfamilias* et en demeurent la propriété.

Lorsque le père confie à l'enfant placé sous sa puissance l'administration d'une partie des biens composant le patrimoine paternel, la concession est précaire. C'est le pécule profectice, dont le caractère essentiellement temporaire exclut le titre de propriétaire chez celui qui en dispose.

Que si, au contraire, franchissant l'espace qui sépare les dernières années de la République des

premières années de la République, nous envisageons le droit Romain dans son dernier état, nous constatons une transformation profonde et presque radicale de la législation relative aux fils de famille. N'était la nécessité de faire des réserves, nous serions tentés de dire qu'une règle inverse domine leur aptitude à devenir propriétaires.

Désormais nous trouvons des fils de famille à la tête d'un patrimoine qui leur est propre. Ils peuvent avoir la propriété pleine et entière d'une certaine catégorie de biens. Dans tous les cas, ils auront la nue-propriété de tous les biens autres que ceux qu'ils tiennent de la libéralité de leur père.

Ainsi la transformation est complète ; et, à son point d'arrivée, la législation romaine pose une règle dont le principe est en opposition presque absolue avec la règle primitivement posée.

2. — Cette évolution des droits du père sur les biens des enfants placés en sa puissance, ne s'est opérée que graduellement, au cours de plusieurs siècles. Nous constaterons le même renversement du principe si nous nous occupons de ses droits sur leur personne. En effet, à l'origine, le pouvoir du père est absolu. Il a le droit de vie et de mort sur ses enfants. Les historiens Romains nous l'affirment (Tite-Live I, 26 ; II, 41 ; III, 7). Il peut également en disposer par la mancipation. Ainsi le *paterfa-*

milias nous apparaît comme un maître souverain dans la famille, et quant aux biens, et quant à la personne de ses enfants. — Sous Justinien, au contraire, ce pouvoir excessif sur la personne a presque complètement disparu.

3. — Comment expliquer cette transformation de la législation romaine? Quelles sont les causes de cette double évolution qui s'opère lentement dans les droits du père de famille?

Quant aux adoucissements par lesquels on tempéra peu à peu les effets de la puissance paternelle sur la personne des enfants et qui supprimèrent ce qu'elle pouvait avoir d'inhumain et de barbare, nous ne les rappellerons point ici; nous bornant à faire observer que ces transformations se sont opérées sous l'influence des mœurs.

Il pouvait convenir à l'ancienne société romaine qu'un père eût un pouvoir absolu sur la personne de ses enfants. Ce principe rigoureux était en harmonie avec les mœurs primitives, et partant un peu rudes, de cette époque. Mais à mesure que la civilisation s'accentua, la législation primitive n'étant plus en conformité avec les mœurs nouvelles et choquant les idées qui tendaient à se faire jour, dut se transformer profondément. Ainsi s'explique l'intervention fréquente des empereurs; intervention qui, d'ailleurs, répondait sans aucun doute

aux vœux de tous. Il ne serait donc pas téméraire d'affirmer qu'en cette matière les mœurs avaient devancé les lois.

4. — Nous n'avons point à insister sur les pouvoirs du père quant à la personne de ses enfants, mais il convient d'étudier longuement ses pouvoirs quant à leur biens.

Comment en est-on arrivé à reconnaître au fils de famille la capacité d'acquérir pour son compte, et de se constituer un patrimoine distinct du patrimoine du *pater familias* à la puissance duquel il était soumis? Ce problème historique est entièrement à résoudre. Il nous permettra de comprendre quelle était exactement la situation juridique du fils de famille, au point de vue qui nous occupe, dans le dernier état du Droit romain, c'est-à-dire à l'époque du Bas-Empire où nous avons à l'étudier plus particulièrement.

5. — Le principe que nous avons signalé comme formant le point de départ de la législation romaine, en cette matière, resta longtemps en vigueur. Pendant toute la durée de la République il sera vrai d'affirmer que le fils de famille n'acquiert rien pour son compte personnel. Il faut attendre jusqu'au règne d'Auguste pour être témoin de la première innovation. Celle-ci, d'ailleurs, sera bientôt suivie de beaucoup d'autres. Elle est comme le prélude des réformes qui vont suivre.

N'y a-t-il pas lieu de s'étonner de la lenteur avec laquelle le droit du fils de famille s'est transformé? Comment se fait-il que, pendant les quatre siècles qui se sont écoulés depuis la loi des Douze Tables jusqu'au début de l'Empire, on n'ait pas touché à la règle primitive qui concentrait entre les mains du père tous les biens de ses enfants?

Ce résultat ne surprend pas lorsqu'on remarque que la puissance paternelle, quant aux droits du père *sur la personne* même de ses enfants, était restée, à peu de chose près, ce qu'elle était dans le droit primitif, et que c'est l'Empire, seulement, qui vient limiter et restreindre dans leur exercice des pouvoirs que le progrès des mœurs avait déjà pu trouver excessifs.

S'il en fut ainsi de la puissance paternelle sur la personne des enfants, comment trouver étrange que les droits du père sur les biens de ses enfants aient suivi la même révolution.

Il faut se souvenir de la base solide que le législateur romain donna à l'organisation de la famille ; le *pater familias* réunissant entre ses mains, à la fois les pouvoirs de prêtre, d'administrateur et de juge. Chef du culte domestique, le père a le soin des *sacra privata* ; maître absolu des personnes qui composent sa famille et des biens qui sont le patrimoine, il en a seul la propriété. Enfin, en tant que juge, son

pouvoir est souverain et sans contrôle. — Voilà, au dire des historiens, cette organisation autocratique qui contribua dans la plus large mesure, au merveilleux développement de la puissance de Rome. Il est aisé de comprendre qu'elle ait évité soigneusement, durant des siècle, d'y toucher même d'une main timide. Longtemps du reste la nécessité ne s'en fit point sentir. Le fils avait le respect profond de l'autorité paternelle, et le père conscient de l'étendue des pouvoirs redoutables qui luiétaient confiés, tenait à honneur de les exercer comme un sacerdoce, trouvant un frein dans sa responsabilité morale.

Mais, dès les premiers tempsde l'Empire la situation se modifia sensiblement. Le respect de l'autorité paternelle alla s'affaiblissant. Le père abusa de ses droits. Alors intervinrent les empereurs. Une série de Constitutions enleva au père un pouvoir dont il se montrait plus digne. (L. 5, Dig. *Si a parente quis man.* - L. 5 Dig. *de lege Pompeia de parric.* ; — L. Unic. Code *de his qui parentes vel liber, occi.* ; — L. I C. Théod. *de infantibus expositis* ; — La réaction s'opère aussi quant aux biens du fils de famille. Mais ce n'est qu'assez tard, et seulement sous le règne de Constantin, que nous voyons apparaître pour le *pater familias*, quel qu'il soit, la possibilité d'acquérir pour

lui-même la pleine propriété ou tout au moins la nue propriété de certains biens. Jusqu'à cette époque, le droit d'être non plus seulement *nu propriétaire*, mais propriétaire absolu de certains biens n'appartient qu'à quelques catégories de privilégiés.

6. — En effet, Auguste qui le premier s'attaqua au pouvoir jusque-là intact du père de famille sur les biens de ses enfants, ne le fit que d'une main discrète et seulement dans la mesure de son intérêt personnel. Les citoyens enrôlés dans ses armées disposaient en réalité du sort de l'empire. Pour se les attacher plus étroitement, cet empereur créa le pécule *castrense*. Désormais le fils de famille pourra prétendre, à l'exclusion de son père, à la pleine propriété des biens qu'il acquerra en sa qualité de militaire, et qu'il n'eût pas acquis sans cette qualité. Cela comprend non seulement le butin pris sur l'ennemi et les économies réalisées sur sa solde, mais surtout les libéralités qui lui étaient faites à raison de sa qualité de militaire.

Les droits du fils sur les biens de pécule *castrense* sont fort étendus. On pourrait presque aller jusqu'à dire qu'il a sur ces biens les droits d'un véritable *pater familias*. Ces données nouvelles conduisent à des conséquences qui nous sont signalées par les textes, et qui bouleversent, on peut le dire, les

règles ayant gouverné jusqu'alors les rapports du *pater familias* avec l'enfant placé sous sa puissance. Ainsi le fils de famille qui emprunte nonobstant la prohibition du senatus-consulte Macédonien, oblige son pécule *castrense* (L. 1, par. 3 D. de S. C. Maced.) De plus, le fils de famille peut figurer en justice, même contre la volonté de son père, à raison de son pécule *castrense* (L. 4, par. 1, *de castrense, pec.*) — De même encore, bien que ce soit une règle essentielle et incontestée que les rapports de créanciers à débiteur ne sauraient naître entre le père et le fils en sa puissance, néanmoins le fils peut devenir créancier ou débiteur de son père à l'occasion de son pécule *castrense* (L. 15, par. 1 et 2 de *pecul. castrense*). — Enfin, à la mort de son père, ce pécule ne sera pas compris dans sa succession (L. 12, de *Castr. peculio*).

Toutes ces conséquences nous donneraient le droit de conclure que le fils de famille était assimilé, en tous points, à un *pater familias*, quant à ses droits sur le pécule *castrense*, si nous ne trouvions dans les textes deux restrictions graves à ses pouvoirs. Par une bizarrerie singulière, ce fils qui, tant qu'il vit, est investi des droits les plus étendus sur son pécule *castrense*, voit ses droits lui échapper à sa mort. Pendant longtemps on lui refusa le droit de disposer de ce pécule par testament. Même jusqu'à Justinien, les biens qui le composent ne peuvent faire l'objet

d'une hérédité *ab intestat*. Le *pater familias* les recueillie tout entiers *jure peculii* (L. 10 pr. Dig. *Ad snc Tertullian.*).

7. — Comme on le voit, l'innovation introduite par Auguste ne profite qu'à une certaine classe de fils de famille, les fils de famille militaires. A ce point de vue, la brèche faite à l'ancien édifice est encore fort étroite. Cependant la porte est désormais ouverte aux réformes. Les empereurs en profitèrent.

Au pécule *castrense* nous allons voir succéder le pécule *quasi castrense*, dont le nom indique suffisamment qu'il a été créé sur le modèle du précédent, et qu'il en est pour ainsi dire l'extension.

C'est à Constantin que remonte l'origine de ce pécule. Il n'était pas suffisant de s'assurer le dévouement des soldats. L'empereur devait songer tout naturellement à faire une situation privilégiée à ceux qui remplissaient une fonction au Palais. Aussi attribue-t-il au fils de famille attaché au service du Palais ou de sa personne, la propriété exclusive des économies qu'il aura pu faire sur son traitement ou des dons qu'il tiendra de la générosité de l'empereur. Au pécule *quasi castrense* s'appliquent les règles écrites pour le pécule *castrense*.

8. — Il était encore réservé à Constantin de prendre, en faveur des fils de famille, une mesure

générale ne s'adressant pas seulement à quelques-uns, mais s'appliquant à tous. La loi 1 au Code, *de bona adventitia,* vint en effet soustraire à la pleine propriété du père les biens qu'un fils de famille a recueillis à titre d'héritier testamentaire ou légitime de sa mère. C'est le point de départ des *bona adventitia,* plus communément désignés par les commentateurs sous le nom de pécule adventice.

Nous verrons tout à l'heure les développements successifs de cette donnée première. Constatons dès à présent que cette nouvelle décision de Constantin fut inspirée cette fois par une considération générale qui nous semble bien naturelle dans l'état actuel de nos mœurs ; à savoir que le père de famille ne peut sans injustice s'enrichir d'une fortune qui ne lui est pas destinée. Et, comme cette considération est vraie pour tous les fils de famille, quelle que soit leur qualité et le poste qu'ils occupent, on en fera bénéficier tous les fils de famille sans distinction.

Toutefois, lorsque nous examinerons quelle est la condition juridique de ces *bona adventitia,* quels sont à leur égard les droits du père, quels sont les droits du fils de famille, nous aurons l'occasion de remarquer qu'on a fait une part bien large au *pater familias*. C'est lui qui perçoit les fruits de ces *bona adventitia,* et qui les administre. Sans que le *filius fa-*

milias puisse exiger qu'il lui rende compte de sa gestion. Longtemps encore le fils fut laissé sans garantie contre la mauvaise administration du *pater familias*.

Ainsi, les droits du père sur les *bona adventitia* demeurent fort étendus. Ce sont là des vestiges du droit primitif. Le point de départ était si éloigné et si considérable le chemin parcouru, qu'on avait cru faire assez en attribuant au fils la nue propriété de ces nouveaux biens, et en enlevant au père le droit d'en disposer librement et à sa guise. Il appartiendra aux législateurs modernes de compléter l'œuvre que le législateur romain avait dû laisser inachevée.

9. — Après cet aperçu historique des droits qui, à Rome, furent successivement reconnus aux fils de famille sur les biens autres que ceux qu'ils tenaient de leur père, nous pouvons entrer dans l'étude même du sujet que nous avons à traiter, et, désormais, nous occuper exclusivement des *bona adventitia*.

Voici les questions qui se présentent à notre examen, comme constituant les divisions principales de la matière.

Chapitre I. — Quels sont les biens qui font partie des *bona adventitia ?*

Chapitre II. — Quels sont les droits et les obligations du père relativement aux *bona adventitia*?

Chapitre III. — Quels sont les droits et les obligations du fils relativement aux *bona adventitia* ?

Chapitre IV. — Des cas dans lesquels s'éteint l'usufruit du père sur les *bona adventitia*.

CHAPITRE I

QUELS SONT LES BIENS QUI FONT PARTIE DES « BONA ADVENTITIA » ?

10. — Nous venons de voir que c'est Constantin qui, le premier, s'inspirant de l'équité et généralisant au profit des fils de famille une mesure qui n'avait jusque-là profité qu'à quelques-uns, enleva au père la pleine propriété d'une certaine catégorie de biens advenus au fils, et ne lui en laissa que l'usufruit. C'est ce que les interprètes ont appelé le *pecule adventice*. Nous emploierons cette expression pour plus de commodité. Mais elle ne se rencontre pas dans les textes, qui, le plus souvent, désignent les *bona adventitia* par cette locution : *bona quæ patri non acquiruntur*.

Nous avons apprécié le caractère de la réforme de Constantin, et nous avons fait observer combien elle avait été timide. C'était, en effet, une tentative bien audacieuse que de soustraire au droit de propriété du père, et cela au profit d'un fils de famille quel-

conque, des biens sur lesquels les droits du *pater familias* n'avaient jamais été contestés. Sans doute, la création du pécule *castrense* constituait un précédent dont l'Empereur pouvait se réclamer; mais il faut bien reconnaître que ce précédent, n'ayant d'autre raison d'être que l'abitraire impérial, n'était pas suffisant à lui seul pour justifier une mesure qui allait s'étendre à tous les fils de famille et s'attaquer directement à l'antique règle qui faisait acquérir en pleine propriété au *pater familias* tous les biens acquis par le fils.

Aussi l'innovation de Constantin a-t-elle une portée très large au point de vue des personnes qui doivent en profiter, alors qu'elle est fort restreinte quant aux biens auxquels elle s'applique.

Ces biens dont la constitution de Constantin réserve au père l'usufruit seulement et attribue la nue propriété au fils, sont uniquement les biens que le fils recueille à titre d'héritier légitime ou testamentaire de sa mère (L. 1, Code, *de bonis matern.*, VI, 60).

Voici en quels termes Constantin pose le principe de la règle nouvelle : « *Res, quæ ex matris suc-*
« *cessione, sive ex testamento, sive ab intestato fuerint*
« *ad filios devolutæ, ita sint in parentum potestate, ut*
« *utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitæ facul-*
« *tatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente.* »

11. — Mais dès la fin du IVe siècle on élargit

la donnée première. En vertu d'une constitution d'Honorius et d'Arcadius, les *bona adventitia* comprendront non-seulement les biens qui proviennent de la mère, mais encore ceux que l'enfant reçoit de ses ascendants maternels à quelque titre que ce soit, pourvu que ce soit à titre gratuit (L. 2, C. *de bon. matern.*).

La Constitution s'exprime en effet dans les termes les plus généraux : « *Quidquid avus, avia, proavus,* « *proavia (ex maternâ linea venientes), nepoti, nepti,* « *pronepoti, pronepti, testamento, fideicommisso, le-* « *gato, donatione, vel alio quolibet titulo, largitionis,* « *vel etiam intestati successione contulerint....* » (Liv. VI, tit. LX, loi 2, Code).

Voilà donc toute une catégorie de biens qui échappera désormais au droit de disposition du père. Mais on ne devait pas s'en tenir là. Partant toujours de cette idée qui tend à s'imposer de plus en plus, qu'il n'est pas juste que le *pater familias* recueille le bénéfice des libéralités qui ne lui sont pas destinées, on soustrait encore à son droit absolu de disposition les biens formant l'objet des libéralités que l'un des époux fait à l'autre. Cette nouvelle extension est due à Théodose et Valentinien (L. 1, C. *de bon., quæ liber,* VI, 61).

En l'année 471 de l'ère chrétienne, Léon et Anthémius assimilent aux libéralités entre époux, les

libéralités entre fiancés. La constitution de Théodose et Valentinien, en effet, avait employé les expressions « *maritus* » et « *uxor* », et, bien que le doute ne fût guère permis à cet égard, on s'était demandé si les fiancés étaient compris sous cette dénomination. Léon et Anthémius, répondant à une question qui leur était soumise, constatent que par la signification même du mot (*significatione nominis*) les expressions *maritus* et *uxoi* ne s'entendent que des époux. Mais cependant, s'appuyant sur l'autorité de Julien (L. 4, *de fundo dotali*), et obéissant aux inspirations de l'équité (*naturalis juris moderamine*), ils décident que les *bona adventitia* comprendront également les biens que les fiancés se sont donnés mutuellement : « *qua ratione tam sponsalitiam donationem, quam hæreditatem, quam memoratus sponsus suam sponsam lucrari voluit, non acquiri patri, sed ad eam pervenire, benignis esse perspicimus.* » (L. 5, *in fine*, C. *de bon. quæ liber*).

Il restait enfin un dernier progrès à réaliser. On n'avait pas encore songé à ranger parmi les *bona adventitia* les biens que le fils de famille acquérait par son travail. Ces sortes de biens appartenaient toujours au père en pleine propriété et figuraient à sa mort dans sa succession, pour être recueillis par tous ses héritiers indistinctement. C'était là, à coup sûr, un résultat choquant. Cependant il fut main-

tenu plus de deux siècles après l'apparition du pécule adventice. C'est Justinien qui, frappé de cette bizarrerie, compléta sur ce point les réformes de Constantin, Valentinien et Théodose.

12. — D'ailleurs la règle nouvelle posée par Justinien est beaucoup plus large encore. Les *bona adventitia* comprendront désormais tout ce qui ne fait pas partie des pécules *castrense* et *quasi-castrense*, à l'égard desquels il n'innove pas : « *Si quis itaque* « *filius familias vel patris sui, vel avi, vel proavi in* « *potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex* « *ejus substantiâ, cujus in potestate sit. sed ab aliis qui-* « *buscumque causis, quæ ex liberalite fortunæ, vel la-* « *boribus suis ad eum perveniant.....* » (L. 6, pr. C. de bon. quæ liber.).

Ainsi, quelle que soit l'origine des biens qui se trouvent entre les mains d'un fils de famille, pourvu qu'ils ne lui proviennent pas de son père, la nue propriété de ces biens repose sur la tête du fils, le père n'en aura que l'usufruit.

Voici les motifs que l'empereur donne à l'appui de cette extension considérable du pécule *adventice* : « *Sic etenim et parenti nihil derogabitur, usumfructum* « *rerum possidenti : et filii non lugebunt, quæ et suis* « *laboribus sibi possessa sunt, ad alios transferenda* « *aspicientes, vel ad extraneos, vel ad fratres suos,*

« *quod etiam gravius multis esse videtur* » (L. 6, pr. *in fine* C. *eod. titulo*).

On en est donc arrivé sous Justinien à reconnaître au fils de famille une véritable personnalité. Désormais toutes les acquisitions qu'il réalisera lui profiteront, soit qu'elles lui appartiennent pour le tout comme les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, ou seulement en nue propriété alors que l'usufruit est réservé au père ou à l'aïeul sous la puissance duquel il se trouve.

13. — Nous en aurions fini avec ce premier chapitre s'il ne nous restait à indiquer brièvement quelques hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le *pater familias* n'a pas même l'usufruit des biens de son fils. C'est le cas désigné par les interprètes sous le nom de *pécule adventice extraordinaire*. Nous nous bornerons pour le moment à mentionner ce cas, nous réservant d'étudier, en son lieu et place, la condition juridique de ce pécule et les droits qu'il conférait au fils de famille.

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que la plupart des hypothèses dans lesquelles nous rencontrons ce pécule extraordinaire ont leur origine exclusivement dans la législation de Justinien.

Il nous faut signaler tout d'abord un cas qui remonte plus haut, et que relate Papinien dans la loi 5, au Digeste, *Ad. Senc. Trebel.* 36, I. Son père avait

recueilli une hérédité, mais il était prié par fidéicommis de restituer cette hérédité à son fils pour le cas où il viendrait à sortir de sa puissance. Or, le père accomplit des actes en fraude de ce fidéicommis. Pour l'en punir, l'empereur Adrien lui enjoignit par décret de restituer l'hérédité à son fils. L'usufruit de cette hérédité lui fut même retiré. Le fils était traité comme un *paterfamilias* quant à cette hérédité sur laquelle son père ne pouvait désormais rien prétendre, sauf le cas où il serait dans le besoin.

Il est aisé de voir dans cette hypothèse que l'on est en présence, non pas du pécule adventice ordinaire dont l'usufruit est attribué au père, mais de cette sorte particulière du pécule adventice que les interprètes qualifient d'extraordinaire.

A côté de ce premier cas il est intéressant de signaler les hypothèses prévues par les lois 6 § 3 *in fine*, et 8 princ. et par. 1, au Code, *de bon. quæ liber.*

La première de ces lois prévoit le cas où, soit le père soit l'aïeul, *renonce* à l'usufruit des biens composant le pécule adventice. Dans ce cas, Justinien décide que l'usufruit est perdu pour le père, qu'il appartient à l'enfant, et que les autres héritiers du père ou de l'aïeul décédé ne pourront élever aucune prétention sur les profits que le fils aurait recueillis par suite de cette renonciation à l'usufruit faite à son profit (L. 6, par. 2, *eod. titulo*).

Nous aurons l'occasion de revenir sur l'hypothèse prévue par la loi 8. Il s'agit, dans l'espèce, d'une hérédité ouverte au profit du pécule. Le fils majeur de 25 ans (*integræ ætatis*) veut faire adition ; le père s'y refuse. On reconnaît au fils le droit de faire adition ; mais, comme conséquence logique, l'empereur enlève au père tout droit sur les biens de l'hérédité qu'il a refusé d'accepter, même son droit d'usufruit: « *Nullam acquisitionem, nec usumfructum patri offerri,* « *sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc conti-* « *gerit...* » (L. 8, pr. *in medio, de bon. quæ liber.*)

Nous n'ajoutons pas à ces hypothèses celle que nous trouvons mentionnée dans la loi 7, *eodem titulo*. Les biens compris dans les libéralités dont il est question dans cette loi font partie, à notre avis, du pécule *quasi-castrense (ad similitudinem castrensis peculii)*, et non du pécule adventice extraordinaire.

14. — Enfin nous pouvons encore relever dans les Novelles de Justinien différents cas où le fils aura, en pleine propriété, des biens qui cependant ne peuvent être rangés ni dans le pécule *castrense* ni dans le pécule *quasi castrense*.

C'est d'abord la Novelle 117, Cap. I. — Lorsque la mère, ou l'aïeule, avait laissé à ses enfants ou descendants la part qui était réservée à ceux-ci par la loi, elle pouvait disposer du surplus, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de l'un de ses descendants, enfants ou petits-enfants,

sous cette condition que le père ou l'aïeul sous la puissance duquel se trouvait alors l'enfant gratifié, n'aurait pas l'usufruit du bien donné ou légué : « *Sub hâc definitione atque conditione, si voluerint ut* « *pater aut qui omnino eos habent in potestate, in his* « *rebus neque usumfructum, neque quod libet penitus* « *habeant participium.* »

Justinien nous donne le motif de cette décision : « *Hæc enim, et extraneis relinquere poterant, unde nulla* « *parentibus utilitas nasceretur.* »

D'ailleurs, sous la même condition, il accorde même à des étrangers le droit de faire des libéralités au fils de famille. C'est ensuite la Novelle 134, Cap. II qui, dans le cas où les époux auraient divorcé pour une cause autre que celles qui sont énumérées par la loi, les dépouille de leurs biens au profit de leurs enfants. — La Novelle prive même le père de la part attribuée aux enfants placés sous sa puissance : « *Verò nihilominus neque usum habente* « *datæ partis filiis.....* »

C'est enfin la Novelle 118, Chap, II, qui vint, comme on le sait, transformer et modifier de fond en comble le régime successoral ancien. Avant cette Novelle, en effet, lorsque le *de cujus* était décédé sans testament et sans descendants, mais laissant son père et des frères ou sœurs, les frères et sœurs recueillaient la nue propriété de l'hérédité tout

entière, l'usufruit de cette hérédité appartenant au père (L. 11 C. *Communia de successione*).

Par la Novelle 118, Cap. II, Justinien décide que, dans la même hypothèse, et au cas de concours entre les frères et sœurs du *de cujus* et le père, le partage se fera par parts viriles, chacun recevant la pleine propriété de la part qui lui est attribuée. Le père ne peut réclamer l'usufruit des parts attribuées à ses enfants : « *Nullum usum ex filiorum aut filiarum* « *portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindi-* « *care....* » Cette fois encore l'enfant en puissance aura la libre disposition des biens qu'il aura ainsi recueillis dans la succession de son frère ou de sa sœur.

Nous savons maintenant de quels biens se composent, à l'époque de Justinien, tant le pécule adventice ordinaire que le pécule extraordinaire. Il nous faut étudier les droits respectifs du père et du fils sur ces différents pécules.

CHAPITRE II

DES DROITS ET DES OBLIGATIONS DU *paterfamiliâs* SUR LES *bona adventitia*.

15. — Le développement lent et progressif des *bona adventitia*, la timidité avec laquelle fut battue en brèche l'antique règle qui attribuait au père, en pleine propriété, le bénéfice des acquisitions réalisées par le fils de famille, vont nous donner l'explication des pouvoirs que la loi romaine conférait au père sur le pécule adventice. Il est, en effet, très difficile de préciser quelle était la nature exacte des droits du père. Tous les textes le proclament usufruitier des *bona adventitia* et donnent au fils la nue propriété. Cependant, nous allons constater que les droits du père dépassaient de beaucoup ceux d'un simple particulier alors que ses obligations n'étaient pas aussi rigoureuses que celles dont un usufruitier était tenu en principe.

Où trouver les raisons de cette différence, si ce n'est dans cette idée que, le père ayant eu, à l'ori-

gine, la pleine propriété de tous les biens de son fils, il était resté quelque chose de ses anciens pouvoirs, même dans les innovations postérieures. Le point de départ n'était pas complètement oublié, et la législation nouvelle était encore imprégnée de l'esprit de la législation antérieure. Aussi, bien que le père nous soit représenté comme un usufruitier, il faut reconnaître que sa situation est préférable à celle d'un usufruitier et qu'elle contient de nombreux vestiges du droit primitif.

Nous allons passer successivement en revue les droits et les obligations du *paterfamilias* quant aux biens composant le pécule adventice.

16. — A. *Droits du père.*

1° Les droits du père sur les *bona adventitia* sont fort étendus, si nous en croyons les textes.

Constantin qui, nous le savons, a introduit cette classe de biens, dit que, sauf les limitations qu'il apporte expressément à ses pouvoirs, le père peut être considéré comme étant investi de la pleine propriété des biens. « *Ita omnia agere, tanquam solidum perfectum que dominium eis (parentibus) acquisitum fuisset....* » (L. 1, C. *de bon. matern.*).

Ainsi, ce texte présente les droits du père dans une formule très générale et très compréhensive ; il précise et définit ses pouvoirs en termes très généraux. C'est qu'il fallait masquer dans les limites

du possible la portée de l'innovation dont l'empereur prenait l'initiative.

Son exemple, d'ailleurs, est suivi par Justinien qui, à plus de deux siècles d'intervalle, s'exprimait ainsi en parlant des pouvoirs du père sur les *bona adventitia* : « *Habeat parens plenissimam potestatem, uti frui-* « *que his rebus, quæ per filios familiâs secundum præ-* « *dictum modum acquiruntur, et gubernatio rerum ea-* « *rum sit penitus impunita....* » (L. 6, § 2, C. VI, 61).

Cependant, il apparaît aisément que la formule de Justinien n'est pas aussi absolue, et que ce plein pouvoir qu'il attribue au *pater familias* porte seulement sur l'usage et la jouissance des biens.

Quoiqu'il en soit, il faut reconnaître au *pater familias* les droits d'administration et de jouissance les plus étendus sur les *bona adventitia*. Il recueille tout l'usage que la chose comprise dans le pécule adventice peut lui procurer, et il en perçoit tous les fruits. Quant aux biens qu'il acquerra avec les profits de son usufruit, il pourra en disposer à son gré : ces biens lui appartiennent en pleine propriété et échappent au fils de famille (L. 6, par. 2, C. Liv. VI, tit. 61).

Mais, quelque étendus que soient ses pouvoirs, ils ne sauraient aller jusqu'à lui permettre de disposer, soit directement soit indirectement, des biens compris dans le pécule. Il est interdit au *pater familias*,

comme nous allons le développer en traitant de ses obligations, d'aliéner ou d'hypothéquer les *bona adventitia*. Il semble même d'après les termes précités de la Constitution de Constantin (L. I, C. *de bon. mat.*), que le but principal de l'innovation consacrée par ce prince était d'enlever au père ce droit de disposition qui lui avait appartenu jusque-là sur les biens que l'enfant recueillait dans la succession maternelle.

17. — 2°. Il pouvait être nécessaire d'intenter des actions en justice à l'occasion du pécule, de même que des tiers pouvaient avoir à en exercer contre lui.

Par qui et contre qui ces actions pourront-elles être intentées? — Par le père investi de l'usufruit répondent la loi 1, C. *de bon. mat.* et la loi 8, § 3, C. *de bon. quæ liber.*

Cet exercice des actions concernant le pécule est non seulement un droit mais une obligation pour le père : «... *Et quod jure filiis debetur, in examine per se, vel per procuratorem poscere (debent)*. L. I, C. *suprà citata.*

Toutefois, Justinien exige que, sauf le cas où le fils est absent ou impubère, le père de famille obtienne le consentement de son fils pour intenter l'action en justice : « *Et in agentibus et fugientibus pater quidem suscipiat actiones, et moveat, cujus cumque*

ætatatis filius inveniatur, adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi adhuc in prima ætate sunt constituti, vel longe absunt... » (L. VIII, par. 3, C. *de bon. quæ liber*).

D'ailleurs, pour n'y plus revenir et bien que cette observation soit plus logiquement à sa place parmi les obligations du père, signalons de suite que les frais du procès seront supportés par le *pater familias*. Justinien nous en donne un motif décisif dans cette même loi 8, par. 3. Sur quels biens le fils pourrait-il prélever de quoi rembourser ces frais puisqu'il en est réduit pour le moment à une nue propriété dépourvue de tout avantage.

18. — 3° Enfin, le *pater familias* bien qu'étant usufruitier des *bona adventitia* n'est pas astreint à fournir les sûretés et garanties exigées ordinairement d'un usufruitier.

Le père n'est tenu ni de fournir caution de jouir en bon père de famille, ni de faire inventaire, bien que ce point ait été contesté, ni même de rendre compte. En principe, ses biens ne sont pas frappés d'une hypothèque pour assurer l'exécution des oblitions que nous énumérerons bientôt.

Toutes ces solutions dérivent des textes : « *Non* « *autem hypothecam*, nous dit la loi 6, par. 2, *filii* « *familias adversus res patris viventis adhuc, seu jam* « *mortui, sperare audeant, nec ratiocinia ei super admi-* « *nistratione inferre......* »

Et la même loi ajoute plus loin que le fils de famille peut s'opposer à ce que le père administre comme il l'entend les biens faisant partie du pécule : « *Et nullo modo audeat filius familias, vel filia,* « *vel deinceps personæ vetare eum, in cujus potestate* « *sunt, easdem res tenere, aut quomodò voluerit guber-* « *nare......* »

D'ailleurs Justinien est encore plus formel : A ses yeux, ce serait porter atteinte à la puissance paternelle qu'autoriser le fils de famille à réclamer de son père une caution, la reddition du compte ou d'autres sûretés : « *Paterna reverentia eum excusante,* « *et a ratiociniis, et a cautionibus, et ab aliis omnibus,* « *quæ ab usufructuariis extraneis a legibus exigun-* « *tur......* » L. 8, par. 4, *in fine,* C. *de bon. quæ liber.*).

En ce qui concerne l'hypothèque il faut bien préciser la portée du § 2 de la loi 6 au Code *de bon. quæ liber.*). Le texte déclare que l'hypothèque ne saurait exister au profit du fils sur les biens du père. Ce paragraphe doit, en effet, être complété par le paragraphe 4 de la même loi. A ce passage, Justinien trouvant équitable de protéger de préférence les biens que l'enfant a recueillis dans la succession de sa mère ou qu'il tient de sa libéralité, lui accorde une hypothèque tacite sur les biens de son père, pour la garantie de la bonne gestion de celui-ci.

Justinien tranche en même temps une question qui avait soulevé quelques doutes. On s'était demandé quel serait le point de départ de cette hypothèque. Devait-elle dater seulement du jour où la mauvaise gestion du père avait commencé, c'est-à-dire du jour où la créance du fils contre son père avait effectivement pris naissance à raison de l'administration défectueuse de celui-ci ? Devait-elle dater, au contraire, du jour où l'administration du père a dû commencer ? De ces points de départ c'est le second qui avait été adopté par Justinien (L. 6, par. 4, C. *de sec. nupt.* — L. 12, par. 1, C. *qui potiores*, — L. 20, C. liv. 5, tit. 37).

Ainsi donc, en principe, le fils de famille n'a pas sur les biens de son père l'hypothèque tacite qui appartient au mineur sur les biens de son tuteur, le principe est posé par la loi 6, par. 2, C. *de bon. quæ liber.*; mais le paragraphe 4 de la même loi apporte une exception à la règle, dans le cas spécial que nous avons signalé.

19. — B. — Tels sont les droits du père sur les *bona adventitia*. Ce qui précède nous les montre fort étendus. Et cependant il ne faut pas croire qu'aucune obligation ne correspond à ces droits. Bien que ces textes semblent qualifier de propriétaire le *paterfamilias*, il faut se souvenir néanmoins que les *bona adventitia* dont il a l'administration et la jouis-

sance ne lui appartiennent pas en pleine propriété ; et que, d'autre part, puisqu'il a les avantages de la jouissance de ces biens il doit aussi en supporter les charges.

Ce double point de vue nous révèle les deux principales obligations du *paterfamilias* :

a. — Il doit jouir des biens en bon père de famille et s'abstenir par conséquent de disposer soit directement soit indirectement des *bona adventitia*.

b. — Il doit supporter les charges de la jouissance.

20. — *a.* Il doit jouir des biens composant le pécule en bon père de famille. — « *Parentes autem...*, *omnem debent tuendæ rei diligentiam adhibere* », nous dit la loi 1 *de bon. mater*.

Ce principe est encore écrit dans la loi 8, par. 4, *de bon. quæ liber* : « *Hoc procul dubio observando, ut.... omnia circa usum fructum facere, quæ nullo modo proprietatem possint deteriorem facere...* »

Les textes ne laissent donc aucun doute sur l'existence de la règle que nous avons posée. Cette règle conduit à des conséquences remarquables, qui en découlent naturellement, selon nous. Nous les trouvons signalées par les constitutions impériales.

Si le *paterfamilias* doit jouir en bon père de famille des biens adventices, il ne peut en disposer

soit en les aliénant, soit en les hypothéquant. Le *jus abutendi* n'est pas compris dans le *jus utendi* et le *jus fruendi* qui lui appartiennent.

Il convient d'observer que c'est précisément cette prohibition adressée au père d'aliéner ou d'hypothéquer les *bona adventitia* que les textes s'attachent surtout à mettre en relief. Ainsi apparaît le but de l'innovation poursuivie. Il s'agissait de mettre le fils de famille à l'abri des actes par lesquels le père pouvait, en vertu des règles anciennes, disposer à son gré des biens personnels de ses enfants.

Cette prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer les biens du pécule se trouve d'abord dans la loi 1, *de bon. matern.* « ... *Si quando rem alienare voluerint, emptor vel is, cui res donatur, observet, ne unquàm partem earum rerum, quos alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans....* »

La même interdiction est formulée par la loi 4, *De bon. quæ liber*, et par la loi 8, par. 3 : « *Non au-*
« *tem licentia parentibus danda extrà memoratas cau-*
« *sas, res, quarum dominium apud eorum posterita-*
« *tem est, alienare, vel pignori vel hypothecæ titulo*
« *dare...* »

Pour que la prohibition d'aliéner fût efficace et n'existât pas à l'état de lettre morte, Constantin décida dans la loi 1, *in fine, de bon. matern.*, qu'aucune prescription ne pourrait être opposée au fils de fa-

mille revendiquant un bien compris dans son pécule adventice. Les tiers n'avaient donc pas une entière sécurité lorsqu'ils traitaient avec le père de famille : le bien qu'ils voulaient acheter et qu'ils croyaient appartenir au père pouvait en effet faire partie du pécule adventice. Ils étaient exposés à une éviction. Aussi Constantin leur conseillait-il de se faire donner un fidéjusseur pour garantir la validité de la vente.

D'ailleurs, Léon et Anthénius tout en maintenant, en principe, l'imprescriptibilité du bien ainsi aliéné, autorisent cependant les tiers à repousser la revendication du fils de famille, lorsque leur possession a été continue depuis que celui-ci est sorti de la puissance paternelle. Mais quel était le délai de cette possession? La loi ne le dit pas, et la controverse avait pu se produire. La Novelle 22, chap. XXIV, *in fine*, fixe ce délai à trois ans, tranchant ainsi le doute qui était né à cette occasion.

21. — Toutefois, on comprend aisément qu'il pourrait y avoir des cas où l'aliénation d'un bien adventice devenait nécessaire et s'imposait. Aussi Justinien, après avoir rappelé la règle, énumère-t-il toute une série d'exceptions qui viennent en limiter l'étendue et la portée. Le trait commun de toutes ces exceptions, c'est que l'aliénation nous apparaît alors avec un caractère de nécessité ou d'utilité ma-

nifeste. On s'en rend aisément compte à parcourir les différentes hypothèses prévues par Justinien.

1° L'empereur suppose qu'une succession grevée de dettes se trouve comprise dans le pécule. Par application de la maxime connue : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, le père est autorisé à aliéner au nom de son fils, d'abord les meubles, et, s'ils ne suffisent pas, les immeubles, afin de désintéresser sans retard les créanciers de la succession.

Ce paiement immédiat des dettes de la succession procure l'avantage de n'avoir point à supporter la charge d'intérêts très onéreux peut-être. En effet, que le père ne recoure pas à l'aliénation des biens du pécule, et que, dans la succession, il ne se trouve pas une somme suffisante pour acquitter les dettes, c'est à lui, en sa qualité d'usufruitier, qu'incombera l'obligation de supporter le paiement des intérêts. Pour y satisfaire il devra employer les revenus des biens adventices, et s'ils n'y suffisent pas, ses biens propres : « *Quod si pater hoc facere supersederit,* « *ipse usuras vel ex reditibus, vel ex substantiâ suâ* « *omnimodo dare compelletur.* » (L. 8, par. 4, *de bon. quæ liber.*).

2° De même encore une succession grevée de legs ou de fidéicommis échoit au fils de famille. Pour acquitter ces charges, dans le cas où, soit les revenus de la succession soit les sommes disponi-

bles ne suffisent pas, le père peut aliéner d'abord les meubles, puis les immeubles de la succession, mais toujours à cette condition que l'aliénation soit faite au nom du fils (*nomine filii*) (L. 8, par. 4, *eod. tit.*).

3° La prohibition pour le père d'aliéner les *bona adventitia* est encore levée par Justinien en cas d'extrême misère du père. De même que, nous dit l'empereur, les parents sont tenus en vertu des lois naturelles de nourrir leurs enfants, de même, par une juste réciprocité, les enfants sont tenus de nourrir leurs parents dans le besoin. « ..... *Et leges* « *quæ et a parentibus alendos esse liberos imperave-* « *runt, et ab ipsis parentes, si inopia ex utrâque parte* « *vertitur.* » (L. 8, par. 5, *eod. tit.*). De ce chef, encore, l'aliénation serait possible dans la mesure des besoins du père.

4° Enfin, s'il s'agissait de biens dont la conservation serait onéreuse, de biens improductifs, encombrants, le père avait aussi le droit de les aliéner sans que le fils pût critiquer ultérieurement l'aliénation (L. 8, § 5, *eod. titul.*).

Tels sont les cas exceptionnels dans lesquels il est permis au père d'aliéner ou d'hypothéquer les *bona adventitia*. Et l'énumération de ces cas est limitative, à n'en pas douter. Toutes les fois donc que l'aliénation n'a pas pour cause l'une des circons-

tances que nous venons de mentionner, cette aliénation est nulle, car elle excède les pouvoirs du père.

22. *b.* — Le *paterfamilias* étant usufruitier des *bona adventitia,* doit supporter toutes les charges de l'usufruit. C'est la seconde obligation dont il est tenu. En conséquence, lui incomberont les dépenses d'entretien et plus généralement toutes celles auxquelles on a l'habitude de pourvoir avec les revenus. C'est lui qui acquittera les intérêts des dettes, les charges annuelles. A ce point de vue, il y a lieu d'assimiler le *paterfamilias* à un usufruitier ordinaire (L. 8, § 4, *in fine*).

Mais nous croyons que ses obligations peuvent excéder celles d'un usufruitier ordinaire. Et, bien que les textes ne nous fournissent que peu de renseignements, nous pensons que, notamment, les grosses réparations sont à la charge du *paterfamilias* et non pas du fils de famille. Cette solution est en harmonie avec les pouvoirs si étendus du père. Si l'on excepte le droit de disposer, celui-ci a sur les *bona adventitia* des droits que les textes comparent à ceux d'un véritable propriétaire. Dès lors, et en adoptant ce point de départ, il semble difficile de ne pas lui imposer le fardeau des grosses réparations.

Ajoutons, et ce motif nous semble décisif, que

durant toute la vie du père, le fils ne pouvait prendre aucune mesure relativement aux *bona adventitia*. On n'eut toléré aucune intervention de sa part. Il devait se contenter d'un rôle purement expectatif. Si nous refusions d'admettre que le père de famille était tenu des grosses réparations, nous serions nécessairement conduits à ce resultat inacceptable de condamner les biens du fils à demeurer de longues années en souffrance ; et ainsi les intérêts du fils, que la loi a surtout pour but de sauvegarder, se trouveraient singulièrement compromis.

Nous savons également que les frais des procès intentés par le père ou contre lui devaient de même être à sa charge. Nous connaissons le motit que Justinien donne à l'appui de sa solution (L. 8, § 3, *de bon. quæ liber.*).

Nous en avons fini avec les droits et les obligations du père relativement aux *bona adventitia*. Quant au pécule extraordinaire dont nous avons parlé, comme le père n'a aucun droit sur les biens qui le composent, il ne saurait, par suite, être astreint de ce chef à aucune obligation. Nous examinerons dans le chapitre suivant quelle est la condi tion juridique de ce pécule.

CHAPITRE III.

QUELS SONT LES DROITS ET LES OBLIGATIONS DU FILS DE FAMILLE RELATIVEMENT AUX *bona adventitia*.

23. — Nous avons constaté que les droits du *pater familias* étaient plus étendus que ceux d'un usufruitier. A l'inverse, bien que la nue-propriété des *bona adventitia* appartienne au fils de famille, il est loin d'avoir sur ces biens tous les droits d'un nu-propriétaire. Il convient donc de préciser les droits du fils de famille sur le pécule adventice :

1° Il faut tout d'abord rappeler que le fils ne pouvait contraindre son père à lui rendre eompte de sa gestion. Nous avons trouvé cette règle écrite dans la loi 6, par, 2, *de bon. quæ liber*.

Bien mieux, le fils ne peut exiger du *pater familias* qu'il le garantisse contre une administration défectueuse. Il n'a le droit de réclamer ni *caution* ni *confection d'inventaire ;* et, si une hypothèque tacite lui est accordée par Justinien, c'est dans une hypothèse exceptionnelle qui ne fait que confirmer la règle.

Toutefois, il ne faudrait pas croire que le fils de famille fût exposé sans aucune protection à l'administration abusive du père. Nous savons déjà que les actes de disposition du père, en dehors des cas où ces actes ne lui sont pas interdits, n'engagent pas le fils qui ne peut se voir opposer par les tiers acquéreurs des *bona adventitia* aucune prescription, sauf celle dont nous avons parlé. Le fils conservait donc nonobstant l'aliénation consentie par le père, le droit de revendiquer contre les tiers le bien ainsi aliéné.

De plus, ainsi que nous l'avons mis en lumière en traitant du pécule adventice extraordinaire, le père dont l'administration était abusive ou de nature à compromettre les droits du fils, pouvait se voir enlever l'usufruit des *bona adventitia*. Le *pater familias* était donc puissamment intéressé à apporter dans sa gestion les soins d'un bon père de famille, conformément aux dispositions des textes.

2° En second lieu le fils de famille ne pouvait figurer en justice à l'occasion de son pécule adventice. Toutes les actions relatives à ce pécule, que la contestation portât sur la pleine propriété ou seulement sur l'usufruit, étaient mises en mouvement par le père ou dirigées contre lui. Telle est la disposition formelle de la loi 1re *de bon. matern*, et de la loi 8, par. 3, *de bon. quæ liber*.

24. — 3° Enfin, toute une catégorie d'actes qu'un nu-propriétaire aurait la faculté de faire dans la limite de son droit, sont interdits au fils de famille.

C'est ainsi que le fils ne peut ni aliéner ni hypothéquer les *bona adventitia,* encore bien que la disposition ne porte que sur la nue-propriété de ces biens, réserve faite de l'usufruit ...... « *Ulla licen-* « *tia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis* « *alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori adsi-* « *gnare.* » (L, 8, par. 5, *in fine,* C.*de bon. quæ liber).*

Le motif de cette prohibition est double : l'un est sous-entendu par les textes, l'autre nous est signalé par Justinien.

1° D'une part autoriser le fils à disposer, même dans les limites de son droit de nu-propriétaire, c'eut été porter atteinte à la *patria potestas* et contrarier cette idée que, tant que le *pater familias* existe, le droit du fils sur le pécule adventice est un droit latent et qui ne se manifestera que plus tard.

2° De plus, Justinien prenant en main l'intérêt de la jeunesse veut la protéger contre elle-même et contre sa propre prodigalité. Cette protection se justifie d'autant mieux que le père devant nourrir et élever ses enfants, on ne comprendrait guère comment ceux-ci pourraient se trouver contraints par la nécessité à aliéner leurs biens.

« *Melius enim est coarctare juveniles calores, ne cupi-*

« *dini dediti, tristem exitum sentiant, qui eos post dis-*
« *persum expectat patrimonium. Cum enim, (sicut dic-*
« *tum est) parentes alere eos secundum leges et natu-*
« *ram compellantur, quare ad venditionem rerum sua-*
« *rum prosilire desiderant ?* » (L. 8, par. 5, *in fine, C. de bon. quæ liber).*

Toutefois, il va de soi que ces motifs disparaissant lorsque le père consent à l'aliénation ou à la constitution d'hypothèques, la prohibition disparaît aussi.

25. — Si le fils de famille ne peut pas disposer de son vivant, du pécule adventice, soit par acte à titre onéreux, soit par acte à titre gratuit, par exemple par donation entre-vifs, il ne peut pas non plus en disposer à cause de mort, c'est-à-dire soit par testament, soit par donation *mortis causâ.*

Qu'il ne puisse tester relativement au pécule adventice, Justinien nous l'affirme positivement: « *Nec* « *de iisdem rebus testari permittimus.* » (L. 8, par. 5, C. *de bon. quæ liber.*). — Il ne saurait donc y avoir aucun doute sur ce point.

La même solution nous paraît s'imposer en ce pui concerne la donation *mortis causâ*. Déjà, à une époque où le pécule adventice n'existait pas et où le l'on ne connaissait que les pécules *profectice, castrense* et *quasi castrense,* Ulpien posait cette règle applicable au pécule profectice, que les fils de famille ne

pouvaient faire une donation *mortis causâ* par le même motif pour lequel ils ne pouvaient disposer entre vifs des biens faisant partie de ce pécule profectice. (L. 7. par. 4 D. *de donationibus*).

Or, sous Justinien, et lorsqu'il s'agit non plus du pécule profectice mais du pécule *adventice*, la règle est la même : toute donation entre vifs est interdite au fils ; donc aussi toute donation à cause de mort.

D'ailleurs, il serait étrange que le fils de famille pût disposer des *bona adventitia* par donation à cause de mort, alors qu'il ne peut pas les transmettre par testament. Enfin, les termes de la loi 8 par. 5, *de bon. quæ liber*, sont absolus ; ils excluent la possibilité de tout acte d'aliénation quel qu'il soit.

Nous verrons s'il convient d'admettre la même solution lorsqu'il s'agit du pécule adventice extraordinaire.

26. — Le fils ne peut donc disposer ni par testament ni par donation à cause de mort des biens de son pécule. Les *bona adventitia* peuvent-ils au moins faire l'objet d'une hérédité légitime ? Seront-ils dévolus *jure hereditatis* ou, au contraire, *jure peculii ?*

Il importe de bien présenter les différentes variations de la législation romaine sur ce point assez délicat. A l'origine, il n'est pas douteux que les *bona adventitia* ne peuvent faire l'objet d'une hérédité lé-

gitime. Au décès du fils, ces biens retournent au père *jure peculii*. Il y a même tout lieu de penser que le droit de tester avait été refusé au fils, afin qu'à son décès les droits du père sur le pécule adventice fussent mieux assurés.

Les empereurs Théodose et Valentinien apportèrent une première dérogation à la règle. Les biens recueillis à titre de donation entre époux ou d'une façon plus générale à l'occasion du mariage, passeront, en cas de décès du donataire, non pas au père, mais aux descendants du donataire ; et, à défaut de descendants, si le *de cujus* laisse tout à la fois son père et son grand-père, c'est au père que les biens seront attribués *jure hereditatis*, l'usufruit seul étant réservé à l'aïeul (L. 3, C. *de bon. quæ liber.*).

Jusqu'ici, les droits des frères et sœurs du *de cujus* sont encore sacrifiés. Léon et Anthémius, dans cette même hypothèse où il s'agit de biens advenus au conjoint à l'occasion du mariage, confirment la loi 3 (*de bon. quæ liberis*), et, pour succéder au *de cujus* fils de famille, appellent ses descendants par préférence à son père. Puis ils préfèrent encore au père les frères et sœurs du *de cujus* ; en première ligne les frères et sœurs nés *ex eodem matrimonio*, en seconde ligne les frères et sœurs nés *ex alio matrimonio*. De telle sorte que ce n'est qu'à leur défaut que les *bona adventitia* en question appartiennent au père (L. 4, *de bon. quæ liber.*).

Enfin, Justinien étend à tous les *bona adventitia*, quelle que soit leur origine, ces différentes solutions écrites spécialement pour les *bona adventitia* provenant de libéralités entre époux. Mais dans tous les cas, l'usufruit est réservé au père tant qu'il vivra (L. 11, C. *communia de succes.*, liv. 6, tit. 59).

Nous savons, d'ailleurs, que cette législation ne persista pas jusqu'à la fin du règne de Justinien et que la Novelle 118, cap. 2, accorda au père, en concours avec des frères et sœurs du *d' cujus*, une part virile, en pleine propriété, sans qu'il pût prétendre à l'usufruit des parts recueillies par les frères et sœurs.

27. — Il nous reste à dire quelques mots d'une hypothèse qui, s'il faut en croire Justinien, avait soulevé avant lui de très graves difficultés. On sait, en effet, que le *paterfamilias* ne pouvait, en principe, ni exercer aucune action en justice ni faire aucun acte de disposition sans l'assentissement de son fils. Or, il y avait un cas où l'application stricte de ces principes devenait fort difficile ; c'était le cas où une hérédité venait à s'ouvrir au profit du pécule. Si le père et le fils étaient d'accord soit pour accepter, soit pour répudier l'hérédité, la question ne se posait pas. Mais il pouvait arriver, et cela était fréquent, que le père et le fils différassent d'avis. Alors quel parti prendre ; et qui devait l'emporter

du père ou du fils ? Justinien s'était arrêté aux solutions suivantes : il distinguait suivant que le fils était *integræ ætatis*, c'est-à-dire majeur de vingt-cinq ans ; *secundæ ætatis*, c'est-à-dire pubère, mais mineur de vingt-cinq ans, ou enfin *puerilis ætatis*, c'est-à-dire impubère. Le fils est-il majeur de vingt-cinq ans ? S'il est en désaccord avec son père sur le point de savoir si l'hérédité doit être acceptée ou non, chacun d'eux peut prendre le parti qu'il préfère. Seulement, le père qui fait adition d'hérédité contre l'assentiment du fils supportera toutes les conséquences de cette adition d'hérédité. C'est à lui qu'appartiendront toutes les actions et c'est contre lui qu'elles seront dirigées, sans que le fils puisse être inquiété en quoi que ce soit à raison de l'adition faite par son père. Et réciproquement, si l'adition d'hérédité est faite par le fils, le père manifestant une volonté contraire, c'est le fils qui recueillera tous les avantages et supportera toutes les conséquences fâcheuses de l'adition d'hérédité. Il devra, toutefois, obtenir le consentement de son père, soit pour exercer une action en justice, soit pour y défendre à l'occasion de l'hérédité qu'il a acceptée (L. 8, pr. C. *de bon. quæ liber.)*.

Si le fils est pubère, mais mineur de vingt-cinq ans, Justinien donne la même solution. Cependant, il convient de faire alors une réserve importante.

Quel que soit le parti que prenne le fils, qu'il renonce à la succession et que cette succession soit acceptée par le père ou qu'il l'accepte contre le gré du père, il aura dans tous les cas la ressource de l'*in integrum restitutio*. Si, d'ailleurs, le fils accepte l'hérédité et que le père refuse de prendre en mains la gestion des biens faisant partie de l'hérédité, il obtiendra du juge la nomination d'un curateur, lequel sera chargé d'administrer les biens de la succession (L. 8, § 1, C. *de bon. quæ liber.*).

Enfin, si le fils de famille est encore en état d'impuberté, le père seul prend parti sans avoir à consulter son fils. Mais remarquons-le bien, si le père renonce à la succession, le fils ne perd pas pour cela le droit de l'accepter plus tard ; et si le père fait adition, le fils, lorsqu'il aura cessé d'être *in patriâ potestate*, pourra faire resceinder cette adition. En d'autres termes, le bénéfice de la *restitutio in integrum* lui reste assuré dans tous les cas. (L 8 par. 6, C. *de bon. quæ liber.*).

Mais Justinien ajoute que si le fils, après être sorti de la puissance paternelle ou après avoir atteint la puberté, fait rescinder l'adition faite par son père ou revient sur la répudiation de celui-ci, le parti qu'il prend est définitif : la *restitutio in integrum* une fois obtenue, il ne peut en obtenir une nouvelle en sens inverse. Qu'il réfléchisse avant d'attaquer

l'acte accompli par le *pater familiâs*, car il serait étrange qu'après avoir critiqué soit l'acceptation, soit la renonciation émanée du père et en avoir demandé la rescision, il reconnaisse ensuite la sagesse de la conduite du père et veuille revenir au parti qu'avait pris celui-ci. (L. 8 par. 6. C. *eod. titul.*)

28. — Maintenant que nous connaissons les droits et les obligations du fils de famille relativement au pécule adventice, il nous faut rechercher également quels sont ses droits et ses obligations quant à ce pécule que les interprètes ont appelé le pécule adventice extraordinaire.

Nous savons ce qui le caractérise, ce qui le distingue du pécule adventice ordinaire, et nous avons vu dans quels cas il existe.

Nous avons dit, en effet, que les *bona adventitia* dont nous allons nous occuper maintenant, sont ceux qui ne rentrent ni dans le pécule profectice, ni dans les pécules *castrense* et *quasi-castrense*, et dont l'usufruit n'appartient pas au père. Dès lors, on s'aperçoit de suite que les droits du fils vont être beaucoup plus étendus sur ces *bona adventitia* que sur le pécule adventice ordinaire. Le père n'étant pas usufruitier de ces biens, les droits du fils ne vont pas se trouver tenus en échec par ceux du père. Aussi n'avons-nous que fort peu à nous préoccuper du père. La seule question à examiner est de savoir

quels sont au juste les droits qui appartiennent au fils relativement à ces biens.

29. — Le principe est que le fils de famille, propriétaire des biens composant le pécule adventice extraordinaire, a le droit d'en disposer, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. C'est la différence essentielle qui sépare ces deux variétés du pécule adventice. Le pouvoir du fils de disposer des biens ne se heurte plus ici au droit d'usufruit du père : il pourra donc aliéner ou hypothéquer ces biens.

On s'est demandé toutefois si le fils pouvait disposer de cette sorte de biens par donation *mortis causâ ?* — En examinant la question au point de vue du pécule adventice ordinaire, nous n'avons pas reconnu au fils le droit de disposer par donation à cause de mort. Doit-il en être de même ici ?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement. D'abord le texte d'Ulpien (L. 7, par. 4, D. *de donat.*) qui, sans trancher la question relativement au pécule adventice ordinaire, puisqu'il a été rédigé à une époque où ce pécule n'existait pas encore, nous a cependant servi de point de départ, à raison du principe qu'il pose, pour refuser au fils de de famille le droit de faire une donation *mortis causâ* portant sur le pécule adventice ordinaire ; ce texte nous fait défaut en ce qui touche le pécule adventice extraordi-

naire. S'il interdit au fils de disposer par donation *mortis causâ* des biens composant le pécule profectice (c'est de ce pécule seul qu'Ulpien se préoccupe), c'est pour une raison analogue à celle qui ne permet pas au fils de faire une donation entre-vifs portant sur ces mêmes biens. Comme le fils de famille ne peut donner entre-vifs les biens de son pécule adventice ordinaire, nous avons été amenés par un argument d'analogie tiré du même texte, à lui interdire toute donation *mortis causâ*.

Mais lorsqu'il s'agit du pécule adventice extraordinaire, le texte d'Ulpien, disons-nous, ne peut plus recevoir d'application, puisque le fils a précisément le droit de faire donation entre-vifs des biens composant ce pécule.

D'ailleurs, la Novelle 117, cap. 1er, est aussi formelle que possible. Le fils a été institué héritier sous la condition formelle que cette hérédité n'appartiendra pas au père : Justinien décide que, bien que l'enfant soit *in patria potestate*, il pourra disposer comme il l'entend des biens héréditaires : « *licet sub potestate sint licentiam habeant quo volunt* « *modo disponere.* »

30. — Le fils a donc sur le pécule adventice extraordinaire le droit d'un propriétaire. Il n'en a pas tous les droits. C'est ainsi, et ce point ne saurait guère être contesté, qu'il ne peut, même à l'occa-

sion de son pécule adventice extraordinaire, intenter sans le consentement de son père une action en justice ou y défendre. Cette solution nous est donnée par Justinien dans l'une des hypothèses où l'on se trouve en présence d'un pécule adventice extraordinaire. Nous voulons parler de l'hypothèse où le fils accepte contre l'assentiment du père une hérédité qui s'est ouverte à son profit (L. 8, pr. *in fine*, C. de *bon. quæ lib.*). Cette solution s'impose, sans doute, dans toutes les hypothèses analogues (Comp. L. 1, par. 2, C. *de ann. except.*).

Enfin, il convient de se demander si le fils peut disposer par testament de son pécule adventice extraordinaire? Quelques doutes s'étaient élevés à ce sujet. Il semblait en effet résulter par *a contrario* de la loi 8, par. 5, *in fine, suprà citata*, que le fils était privé du droit de tester seulement quant aux biens dont l'usufruit appartenait au père, c'est-à-dire relativement aux biens du pécule adventice ordinaire. Mais Justinien, dans une constitution rendue en l'année 531 (L. 11, C. *qui testamenta facere*, VI, 22) tranche les doutes qui avaient pu naître, et décide qu'il maintient la règle ancienne en vertu de laquelle, en principe, il est interdit aux fils de famille de tester, sauf dans les cas où la loi le leur permet expressément. Or, nous ne nous trouvons pas ici dans un de ces cas exceptionnels : « *Nullo etenim*

« *modo hoc eis permittimus : sed antiqua lex per om-*
« *nia conservetur, quæ filiis familias, nisi in certis ca-*
« *sibus testamentæ facere nullo modo concedit, et in his*
« *personis quæ hujusmodi facultatem habere jam con-*
« *cessæ sunt.* »

Nous pouvons donc maintenant observer que, si le fils de famille a sur son pécule adventice extraordinaire des droits beaucoup plus étendus que sur le pécule adventice ordinaire, il est loin d'avoir cependant la plénitude des pouvoirs qui accompagnent habituellement la pleine propriété d'une chose. Alors même qu'on enlève au père l'usufruit des biens composant le pécule adventice extraordinaire, les droits du fils de famille sont soumis à des restrictions dont on ne peut trouver l'explication que dans l'organisation autocrartique de la famille Romaine.

CHAPITRE IV

DES CAS DANS LESQUELS S'ÉTEINT L'USUFRUIT DU PÈRE SUR LES *bona adventitia*.

31. — Nous avons eu l'occasion de signaler quelques unes des hypothèses dans lesquelles disparaît l'usufruit du père sur les *bona adventitia*. Il nous reste à grouper ici ces différents cas pour en donner une vue d'ensemble.

1° D'abord, il importe de faire observer que le mode le plus naturel d'extinction de l'usufruit, c'est la mort du père. Quant à celle du fils, pas n'est besoin de rappeler quelle influence elle exerçait sur l'usufruit du père. Cette question se rattache à la dévolution *ab intestat* du pécule adventice. Ce que nous pouvons dire, c'est qu'en principe, et jusqu'à la Novelle 117, la mort du fils n'entraînait pas pour le père l'extinction de son usufruit.

2° Le second cas d'extinction de l'usufruit paternel nous est connu. Nous faisons allusion à l'hypothèse où le père renonçait à son droit d'usufruit au

profit de son fils, hypothèse prévue par la loi 6, par. 2, *de bon. quæ liber*. Cette renonciation avait pour effet de créer pour le fils un pécule adventice extraordinaire.

3° Nous en dirons autant de cette autre hypothèse où ce n'était plus le père, cette fois, qui renonçait volontairement à son droit d'usufruit, mais où l'usufruit lui était retiré à raison des graves abus de jouissance dont il s'était rendu coupable. Ce cas nous est signalé par la loi 50, D. *ad senat. Trebell.* 36. 1.

4° De même encore nous avons vu la Novelle 134, Cap. II, dans le cas où le divorce avait eu lieu sans cause légitime, enlever au père l'usufruit des biens de ses enfants placés sous sa puissance. C'est la peine *injusti repudii*.

32. — 5° Enfin, et ce point est plus important, que devenait l'usufruit du père en cas d'émancipation du fils?

Les principes ne nous laissent aucun doute sur la solution qui s'imposait dans la rigueur du droit. Quelles sont les conséquences de l'émancipation? C'est de faire sortir l'enfant de la puissance paternelle à laquelle il était soumis jusque-là; de rompre le lien de la *patria potestas*. Avant l'émancipation, l'enfant était *alieni juris*. Par l'émancipation il devient *suis juris*. A son tour, il porte le titre de

pater familias. De telle sorte que, désormais, il pourra acquérir des biens par lui-même, en pleine propriété. Il pourra être placé à la tête d'un patrimoine; ses actions ne profiteront qu'à lui.

Ces principes admis, il eut été logique de décider que l'usufruit du père sur les biens adventices s'évanouit par suite de l'émancipation. Le droit d'usufruit du père n'a d'autre raison d'être, d'autre justification, que le lien de jouissance qui unit le père au fils. Dès lors, la cause disparaissant l'effet devrait également disparaître.

Et cependant telle n'avait pas été la solution de Constantin. Cet Empereur avait craint, en effet, que la perspective pour le père de perdre l'usufruit des *bona adventitia* en émancipant son fils, ne le détournât de cette émancipation. Or, l'émancipation avait à Rome une importance que nos législations modernes ne connaissent plus. La *patria potestas* n'ayant d'autre durée que celle de la vie du *pater familias* qui en était investi, on comprend de quel secours pouvait être l'émancipation qui permettait de mettre fin à une puissance paternelle d'une durée aussi illimitée.

C'est précisément afin de ne pas entraver les émancipations et pour que le père ne se trouve pas absolument placé entre son intérêt et son devoir, que Constantin attribue au père qui émancipe son

fils le tiers en pleine propriété des *bona adventia*. « *Cum autem Constantinianâ lege cautum erat, si filii* « *familias ab his, qui eos in potestate habent, nexu* « *paterno per emancipationem liberentur, debere patrem* « *tertiam partem bonorum, quæ acquiri non solent,* « *quasi renumerationis gratiâ a filio accipere vel reti-* « *nere*..... » (L. 6, par. 3. C. *de bon. quæ liber.*).

33. — Justinien apporta une modification heureuse à la constitution de Constantin. Frappé de cette idée que les enfant étaient ainsi privés d'une portion assez considérable de leurs biens, il substitua au tiers des biens en pleine propriété, la moitié en usufruit. Le père, en émancipant son fils ne perdra donc plus que l'usufruit de la moitié des des *bona adventitia* de celui-ci : « *Cum autem Constan-* « *tinianâ lege..... et ex hâc causâ iterum pars non mi-* « *nima substantiæ liberorum adimebatur : Sancimus* « *hujus modi casu interveniente, et emancipatione* « *liberis imposita ; non tertiam partem dominii rerum* « *minime acquisitarum sed dimidiam usufructus apud* « *majores, qui emancipationem (donant), residere....* » (*Suprà :* loi 6, par. 3, C. *de bon. quæ liber.*).

Et ce droit d'usufruit appartient au père alors même qu'il aurait omis de se le réserver expressément au moment de l'émancipattion : « *Manere apud* « *eos (parentes) etiam tacentes jus, et beneficium usu-* « *fructus retinendi.* »

Les cas dans lesquels prend fin l'usufruit du *paterfamilias* sur les *bona adventitia* sont ainsi épuisés. Nous en bornerons là l'étude ; nous réservant d'examiner brièvement, en manière de transition au droit français, quels droits notre ancienne législation reconnut aux parents sur les biens de leurs enfants.

APERÇU SUR L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

---

34. — Nous n'entendons donner qu'une esquisse des droits qui, dans notre ancien droit, pouvaient appartenir aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs, *constante matrimonio*. La matière est obscure, compliquée et variable suivant les différentes coutumes. Aussi, quelqu'intéressante qu'en soit l'étude, ne nous sera-t-il pas donné de rechercher les détails dans la crainte de dépasser le cadre modeste de cette thèse.

Pour se rendre compte des idées générales qui ont dominé la matière, il faut distinguer avec soin les pays de coutume d'avec les pays de droit écrit.

Dans ceux-ci, on suivait les règles de la législation romaine telles que nous les avons étudiées, sauf quelques modifications. Ainsi, c'était le père seul ou l'aïeul paternel ayant la puissance paternelle, qui

bénéficiait de l'usufruit des biens adventices, la mère n'y avait aucun droit.

De plus, le père acquérait en pleine propriété les biens advenus au fils qui ne pouvaient rentrer ni dans les pécules *castreuse* ou *quasi-castreuse*, ni dans le pécule adventice.

Toutefois le père, ainsi investi de la majeure partie des biens, avait l'obligation de doter raisonnablement ses filles. Pareille obligation ne lui était point imposée dans les pays de coutumes. De même encore, à l'imitation de Rome, le fils de famille ne peut tester relativement à son pécule adventice ; et, s'il est émancipé, le père conserve la moitié de l'usufruit des biens adventices.

D'ailleurs, il faut constater la tendance à étendre de plus en plus les droits du fils et à accentuer sa personnalité juridique. Bientôt on en arriva à ranger dans les pécules *castrense* et *quasi-castrense* des biens que le fils avait acquis par son travail personnel.

Enfin, l'usufruit appartient au père, sur les biens adventices, pendant toute la durée de la vie de l'enfant. C'était là, en effet, un attribut de la puissance paternelle. Or, dans les pays de Droit écrit, la puissance paternelle calquée sur la *patria potestas* romaine, ne prenait fin que par le décès de l'enfant ou son émancipation. L'âge de l'enfant n'était aucunement pris en considération. En un mot, dans

les pays de droit écrit, c'est en principe le système des Novelles qui est appliqué.

35. — Dans les pays de Droit coutumier il est bien autrement difficile d'établir avec quelque précision l'ensemble des droits qui appartiennent aux père et mère sur les biens de leurs enfants. D'abord, la législation s'est fondée lentement sur ce point ; elle diffère suivant qu'on l'envisage avant ou après la rédaction des coutumes.

De plus, il existe en cette matière une très grande variétés dans les coutumes, et les principes généraux sont difficiles à dégager. Aussi nous contenterons-nous d'envisager la situation après la rédaction des coutumes, et d'indiquer, en quelques mots, les idées générales qui dominent cette matière.

Il faut poser comme règle que, dans notre droit Coutumier, la personnalité du fils de famille était beaucoup plus accentuée qu'à Rome. Il pouvait être à la tête non plus seulement de simples pécules, mais d'un véritable patrimoine dont il avait la disposition à titre de propriétaire.

Nous ne compendrions pas que, dans nos coutumes, la personnalité du fils eût pu être absorbée dans la personnalité du père, et que celui-ci eût profité des acquisitions réalisées par celui-là. En effet, si ces conséquences se produisaient à Rome, elles avaient leur principe et leur raison d'être dans

la *patria potestas*. Or, nous savons que la règle des coutumes : « *Droit de puissance paternelle n'a lieu,* » qui ne signifiait point que la puissance paternelle était absolument inconnue dans les pays Coutumiers, voulait dire cependant qu'elle n'existait pas, en ces pays, avec les caractéres qu'elle présentait à Rome.

Ainsi donc, en principe, les père et mère n'avaient aucun droit de jouissance sur les biens personnels de leurs enfants. Seule, l'administration comptable leur en était réservée (1).

36. Mais ce principe comportait des exceptions. Nous ne signalerons que les deux principales : le droit de *garde*, soit *noble* soit *bourgeoise*, et le droit de *loyale et légitime administration*.

La *garde-noble*, d'après la définition que nous en donne Pothier, était le droit que la loi municipale accordait au survivant de deux conjoints nobles, de percevoir à son profit le revenu des biens que ses enfants mineurs recueillaient dans la succession du prédécédé, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges, et en récompense de l'éducation des enfants qu'elle leur confiait.

Quant à la *garde bourgeoise*, elle ressemblait fort

(1) Ferrière, sur l'art. 239 de la Coutume de Paris; Dumoulin, sur l'art. 3 de la même Coutume ; Ricard, sur l'art. 22 de la Coutume de Senlis ; Coquille, dans ses *Institutions*.

à la *Tutelle légitime* sans émolument. Toutefois, dans le ressort de la coutume de Paris elle conférait la jouissance des biens de l'enfant au survivant de ses père et mère. (Pothier. *Traité de la garde noble ou bourgeoise*, par. 3 n° 11).

Nous n'avons pas à signaler les différences qui séparent la garde noble de la garde bourgeoise. Notons seulement que celle-ci était de moindre durée, et qu'elle n'appartenait qu'au survivant des père et mère, jamais à l'aïeul. D'ailleurs, ces points ne présentent pas d'importance au point de vue du sujet général que nous avons à traiter.

Mais il importe de mettre en relief les caractères distinctifs de ce droit de garde en tant qu'il s'exerce sur les biens de l'enfant. Il ne constitue pas un attribut de la puissance paternelle. Ce n'est pas à la législation romaine qu'il est emprunté, mais aux coutumes germaniques. Aussi, l'usufruit afférent à ce droit de garde diffère-t-il essentiellement de l'usufruit conféré par le Droit romain, au père, sur les *bona adventitia*.

C'est ainsi que le droit de garde appartient non pas exclusivement au père, mais au survivant des père et mère, quel qu'il soit. Tant que les père et mère existent, nous savons qu'ils ont seulement l'administration comptable des biens de leurs enfants. Le droit de garde, avec l'usufruit y attaché,

ne prend naissance que lors du décès du pere ou de la mère. Notons encore que cet usufruit n'existe au profit du survivant que sur les biens recueillis par l'enfant dans la succession de son parent prédécédé. Quant aux autres biens, le survivant n'en aura pas l'usufruit ; et, pour qu'il soit chargé de les administrer, il faudra que la tutelle lui ait été déférée.

Enfin, derniers traits qui permettent de caractériser le droit de garde et qui le distinguent de l'usufruit du père sur les *bona adventitia* du Droit Romain : la durée du droit de garde n'est pas égale à la durée de la vie de l'enfant; et de plus, on n'était pas tenu d'accepter la garde, car elle entraînait des charges assez lourdes que l'on ne pouvait imposer au survivant lorsqu'il manifestait une volonté contraire (1).

Cette analyse succincte nous montre, bien qu'imparfaitement, combien le Droit Coutumier diffère ici du Droit Romain.

37. — Nous avons signalé une seconde exception à la règle que les père et mère n'ont en principe, dans les pays de coutumes, que l'administrations comptable des biens de leurs enfants. Nous vou-

1. V° sur tous ces points, Coutumes de Paris, art. 25 et suiv.; Merlin, Répertoire. V° Garde Noble ; — *Adde.* M. Lefèvre à son cours.

lons parler de la *légitime* ou *loyale administration* que nous rencontrons dans quelques coutumes.

Mais ici il faut bien reconnaître qu'en conférant cette légitime ou loyale administration au père et quelquefois à la mère, les coutumes s'étaient inspirées du Droit Romain.

La légitime administration était considérée comme un effet de la puissance paternelle, en vertu duquel le père avait ordinairement l'usufruit des biens de ses enfants. D'ailleurs, les conditions de cette administration variait suivant les coutumes. Ce qu'il faut retenir c'est qu'il y avait là un effet de la puissance paternelle. Nous en trouvons la preuve dans les termes mêmes des art. 22 de la Coutume de Berry, et 174 de la Coutume du Bourbonnais.

« *Le père est légitime administrateur des biens ma-* « *ternels et autres adventifs appartenant à ses enfants* « *étant en sa puissance (art. 22). — Le père adminis-* « *trateur des biens maternels de ses enfants étant en sa* « *puissance* ». (art. 174).

Logiquement, cette conclusion s'imposait que la légitime administration était inaccessible à la mère et ne pouvait appartenir qu'au père ou à l'aïeul paternel. Et cependant, certaines coutumes que l'on critiquait d'ailleurs sur ce point (Coutume du Nivernais, art. 6, — Coutume du Bourbonnnais), attribuaient la légitime administration à la mère

et même à certains collatéraux (Coutume du Berry).

D'ailleurs la légitime administration n'entraînait pas toujours avec elle l'usufruit des biens auxquels elle s'appliquait. En général, lorsque la mère avait droit à l'administration légale, elle ne recueillait à cette occasion aucun émolument.

Mais en vérité il est difficile de découvrir dans le dédale des coutumes ce qui formait ou non le droit commun (*adde* coutume de Bourgogne, art. 4 et suiv.).

Nous n'ajouterons plus qu'un mot. Le Code civil semble avoir emprunté aux coutumes dont nous venons de parler, l'institution juridique de l'*Administration légale*. L'expression est la même que dans l'ancien droit. Aussi, nous pensons que telle est, en effet, l'origine du droit d'administration légale de l'art. 389 du Code civil. — Il remonterait au droit de Rome en passant par celui des coutumes.

Toutefois, il est à observer que nous ne trouvons aucune trace de cette idée dans les *Travaux préparatoires*. Leur silence, joint au laconisme de l'article 389, a permis d'émettre des doutes sur l'origine historique de ce texte. C'est là un problème délicat à résoudre. Nous n'avons point à l'entreprendre, car la solution n'influerait que dans une mesure insignifiante sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 389.

DROIT FRANÇAIS

ESSAI SUR

L'ADMINISTRATION LÉGALE

DES BIENS DES ENFANTS MINEURS DURANT LE MARIAGE

INTRODUCTION

1. — Toute législation doit veiller à ce qu'il soit pris soin de la personne et des biens des enfants, tant qu'ils ne sont point en mesure de se gouverner eux-mêmes et d'administrer leur patrimoine. Le législateur de 1804 n'y a pas manqué. Il a confié le soin de la personne de l'enfant à ses protecteurs naturels, ses père et mère. C'est à eux qu'incombe le devoir d'éducation avec ses corrollaires, le droit de garde et le droit de correction. Ce devoir d'éducation survit à la dissolution du mariage, et le sur-

vivant en est investi, en principe, alors même que la tutelle ne lui est pas déférée.

2. — Quant à l'administration des biens des enfants mineurs, le Code civil y a pourvu à l'aide de deux institutions différentes : l'administration légale et la tutelle.

Attribut de la puissance paternelle, l'administration légale est le droit conféré au père, pendant le mariage, de gérer les biens personnels de ses enfants mineurs. Ce droit sur les biens correspond aux droits sur la personne. Aussi longtemps que dure le mariage, et sauf des cas très exceptionnels, l'administration de la fortune personnelle du mineur est donc confiée à ceux-là qui sont chargés de la direction de sa personne. Ainsi, il y a parfaite harmonie dans la loi.

D'ailleurs, à ce droit d'administration légale, vient s'ajouter le plus souvent, comme complément, le droit de jouissance légale, sorte d'usufruit réglementé par les articles 384 et suivants. Ce droit d'usufruit peut s'envisager également comme un attribut de la puissance paternelle ; mais comme un attribut plus essentiel, en ce sens que la dissolution du mariage le laisse intact. Tant que l'enfant non émancipé n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, que le mariage soit ou non dissous, l'usufruit légal subsiste au profit du père ou de la mère, suivant les

cas. L'article 384 est formel. A ce point de vue, le droit de jouissance légale est mieux traité que le droit d'administration légale.

Cette différence n'est pas la seule qui sépare l'administration légale de l'usufruit légal. De ces droits, le premier appartient au père pendant le mariage jusqu'à ce que l'enfant soit parvenu à sa majorité. Le droit de jouissance légale, au contraire, pour des raisons que nous n'avons pas à apprécier, s'éteint alors que l'enfant a dix-huit ans accomplis.

Enfin, pour nous en tenir à ces différences fondamentales, il peut arriver que les biens soient donnés ou légués à des enfants mineurs sous la condition que la jouissance n'en appartiendra pas au père, encore bien qu'il soit chargé de les administrer. Dans cette hypothèse, c'est une question fort délicate que de savoir si le disposant a le droit de priver le père de l'administration des biens compris dans le legs ou la donation. Nous nous réservons d'approfondir cette question.

A ces deux derniers points de vue il semble que le droit d'administration légale l'emporte sur le droit de jouissance légale.

3. — Nous connaissons l'une des deux institutions organisées par le Code civil par la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs, l'administration légale du père, ou, suivant les cas, de la mère.

A la dissolution du mariage apparaît alors cette autre institution protectrice, la tutelle. A l'inverse du devoir d'éducation qui subsiste en la personne des père et mère tant qu'ils se trouvent l'un et l'autre dans la possibilité de l'exercer, le droit d'administration légale prend fin avec le mariage et en même temps que lui. Il pourra se faire sans doute, et c'est même ce qui se présentera le plus souvent, que la tutelle étant déférée au père et à la mère survivant, l'un ou l'autre continue ainsi d'administrer le patrimoine de l'enfant. Alors, ce droit de gestion appartiendra au survivant, non pas en sa qualité de père ou de mère, mais en sa qualité de tuteur ou de tutrice. Aussi, cette dernière qualité lui fait-elle défaut, il ne peut plus prétendre aucun droit à cette gestion. Dans tous les cas, et en admettant même que la tutelle soit déférée au survivant des père et mère, il administrera les biens non plus à titre d'administrateur légal, mais à titre de tuteur; et, en conséquence, il devra obéir à toutes les règles tracées pour la gestion titulaire, sauf à invoquer son titre d'usufruitier légal pour se soustraire, sur quelques points, au droit commnn de la tutelle.

4. — L'administration légale et la tutelle nous apparaissent comme deux institutions profondément distinctes. On a pu remarquer déjà que leur point de départ n'est pas la même. Dans l'ordre chrono-

logique, l'une succède à l'autre. Aussi longtemps que dure l'association conjugale, il ne peut être question de tutelle. Les textes ne laissent pas de doutes sur ce point. Il suffit de comparer l'art. 389 avec l'art. 390 pour constater que, dans la pensée de la loi, la tutelle ne prend naissance qu'à l'expiration des pouvoirs d'administration légale attribués en principe au père durant le mariage.

D'autre part, comment admettre que cette administration légale à laquelle le législateur a consacré un texte spécial, doive se confondre avec la tutelle? Comment admettre que, sous une dénomination différente, la loi ait entendu désigner la même chose, et que la différence ne soit que dans les mots? Au surplus, l'assimilation serait repoussée par l'ancien droit français. Le doute ne nous paraît pas permis. Administration légale et tutelle ne sont pas synonymes. Nous déterminerons dans quelle mesure elles se distinguent l'une de l'autre, en confirmant cette proposition par des preuves nouvelles.

Il faut donc tenir pour certain que, dans l'art. 389, le législateur a voulu conférer au père, durant le mariage, un droit *sui generis,* auquel succédera plus tard, à la dissolution du mariage, le régime de la tutelle (1).

1. Demolombe, tome VI, nos 413 et suiv. — Aubry et Rau, § 123. Texte et note 5.

5. — Mais alors se pose la question de savoir quelle est la raison d'être de cette administration légale. Pourquoi ne pas ouvrir la tutelle, même pendant la durée du mariage, dès que l'enfant acquiert des biens personnels ? S'il est vrai que l'administration légale se différencie de la tutelle, qu'elle ne soit pas soumise notamment à quelques-unes des entraves dont est entourée la gestion du tuteur, pourquoi donc cette situation privilégiée faite au père, du vivant de la mère ? Y a-t-il des motifs rationnels pour justifier une telle prérogative ?

Sans doute il y aurait difficulté à soutenir que les rédacteurs du Code civil ont vu là deux institutions différentes, s'il était impossible de donner de cette différence une justification rationnelle. Mais les raisons apparaissent d'elles-mêmes, à la comparaison.

Lorsque le mariage est dissous par la mort de l'un des époux, la loi ne peut pas avoir dans le survivant la confiance qu'elle mettait dans les époux réunis. De plus, la gestion du patrimoine personnel de l'enfant va, le plus souvent, croître en importance, puisqu'il recueille la succession de son père ou de sa mère prédécédé. Sans doute, en vertu de l'art. 384, le survivant des père et mère aura la jouissance légale des biens ainsi recueillis par l'enfant mineur. Mais c'est là justement une cause de

conflits. Il convient donc de prendre des mesures et d'organiser un système de protection tel que l'ascendant survivant ne puisse sacrifier à son intérêt personnel les intérêts qui lui sont confiés. La présence d'un subrogé-tuteur et d'un conseil de famille permettra d'atteindre ce résultat.

Que si nous nous plaçons, au contraire, avant la dissolution du mariage, nous verrons les rivalités d'intérêt entre le père et l'enfant toujours amoindries par la présence de la mère et le lien conjugal. Quel conseil meilleur, quelle sollicitude plus prévoyante et plus avisée que l'affection de la mère ! Elle suppléera au subrogé-tuteur, au conseil de famille ; et, d'ordre naturel, il n'est pas à craindre que les intérêts de l'enfant soient sciemment compromis.

Je me borne à énoncer cette considération. Elle suffit à établir qu'il faut se garder de confondre, en ce qui touche les exigences de la gestion des biens personnels d'un enfant mineur, la situation qui suit la dissolution du mariage avec celle qui la précède. Si le mariage existe, il s'agit d'un *régime de confiance* qui exclut l'application de mesures trop rigoureusement protectrices des intérêts de l'enfant. Mais après sa dissolution, la confiance ne pouvant plus être la même, il est prudent de soumettre la gestion du tuteur à une surveillance plus attentive (1).

1. Demolombe, tome VI, n° 415. — Aubry et Rau, § 123, note 5.

6. — Ces idées n'avaient pas tout d'abord frappé les rédacteurs du Code civil. Dans le projet primitif du titre X, on ne trouvait rien de semblable à notre art. 389. Il semblait donc que la tutelle dut s'ouvrir même pendant le mariage, dès que l'enfant acquérait un patrimoine propre. Mais on fit observer que déjà, dans notre ancienne jurisprudence, le père n'était pas qualifié de tuteur. Dans beaucoup de coutumes, on l'appelait « *loyal* ou *légitime administrateur* ». Il semblait donc contraire à la tradition d'organiser la tutelle, avec ses rouages compliqués, pendant la durée du mariage.

On ajoutait d'ailleurs, comme nous l'avons fait remarquer, que les situations n'étaient pas les mêmes.

Au surplus, voici comment s'exprimait Berlier dans l'Exposé des motifs :

« Tout mineur n'est pas nécessairement en tu-
« telle ;

« Celui dont les père et mère sont encore vivants,
« trouve en eux des protecteurs naturels ; et, s'il a
« quelques biens personnels, l'*administration* en ap-
« partient à son père.

« La tutelle commence au décès du père ou de la
« mère ; car alors, en perdant un de ses protecteurs
« naturels, le mineur réclame déjà une protection
« plus spéciale de la loi (1).

1. Fenet, tome X, page 639.

Les observations du Tribunat n'étaient pas moins explicites :

« La section pense que le premier article de ce « chapitre doit exprimer, en termes précis, quelle « est, durant le mariage, la qualité du père par « rapport aux biens personnels de ses enfants mi- « neurs, soit pour ce qui concerne la propriété de « ces biens seulement, s'il a droit à la jouissance, « soit pour ce qui concerne la jouissance et la pro- « priété, si l'une ou l'autre appartiennent à ses en- « fants. Jamais jusqu'à ce jour, le père ne fut qua- « lifié de tuteur de ses enfants avant la dissolution « du mariage. Si, pendant que le mariage existe, « la loi n'admettait aucune différence entre le père « et le tuteur proprement dit, il faudrait que le « père fut, par rapport aux biens personnels de ses « enfants, *assujetti durant le mariage à toutes les con-* « *ditions et charges que la loi impose au tuteur. Il fau-* « *drait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé-* « *tuteur, sous la dépendance d'un conseil, etc., etc.,* « *ce qui répugne à tous les principes constamment* « *reçus.*

« Il paraît évident que jusqu'à la dissolution du « mariage, le véritable titre du père et le seul qu'il « puisse avoir, dans l'hypothèse dont il est ici ques- « tion, est celui d'administrateur.

« C'est sur cette observation qu'est fondée la dis- « position suivante que la section adopte :

« *Le père est, durant le mariage, administrateur des* « *des biens personnels de ses enfants mineurs.*

« *Il est comptable quant à la propriété et aux revenus* « *des biens dont n'a pas la jouissance, — et, quant à* « *la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi* « *lui donne l'usufruit.* »

« *Tout ce qui concerne la propriété des biens sera réglé par les dispositions de la section VIII.*(1).

7. — Nous avons tenu à reproduire en entier ces deux citations, car leur importance est capitale au point de vue de l'interprétation de l'art. 389. — Elles confirment, en effet, les idées exposées plus haut, que nous avons assignées comme fondement à la disposition contenue dans notre article. Si la tutelle ne s'ouvre pas pendant le mariage, si le père, au lieu d'être *tuteur*. est administrateur des biens de ses enfants mineurs, c'est parce que la loi a confiance dans sa gestion, l'organisation d'une tutelle impliquerait, au contraire, défense et suspicion.

Mais cette première idée ne suffirait pas à elle seule à caractériser ce droit d'administration légale conféré au père durant le mariage. Quelle direction convient-il d'imprimer à cette administration ? Quel est le but à atteindre ? Dans quel sens le père administrateur doit-il user de ses pouvoirs ? C'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

1. Locré (Législation civile, tome VII, p. 215).

Nous n'avons jusqu'ici, signalé que des différences entre la *tutelle* et l'*administration légale*. Cependant, il est entre ces deux institutions un point de grande ressemblance qui les distingue l'une et l'autre de l'usufruit légal : c'est le but qu'elles doivent se proposer d'atteindre,

Le droit de jouissance légale tel qu'il est constitué par l'art 384, est, à n'en pas douter, une faveur accordée au père et à la mère survivante. C'est un dédommagement, une compensation des charges qui incombent aux père et mère par l'éducation de leurs enfants mineurs, et aussi, accessoirement, par la gestion de leur patrimoine propre.

Au contraire, qu'il s'agisse de tutelle ou d'administration légale, le but de la loi n'est plus de venir en aide au tuteur ou au père administrateur ; et ce n'est point pour qu'ils puissent veiller à leurs propres intérêts qu'on leur confie la gestion du patrimoine de leur enfant mineur. Tout autre a été la pensée du législateur.

La protection de l'enfant, l'espoir que ses intérêts seront sauvegardés sans qu'ils aient à souffrir de son état de faiblesse et de l'impossibilité où il est de prendre en mains la direction de ses affaires, telles ont été les raisons déterminant les pouvoirs conférés au père durant le mariage, et, à sa dissolution, au tuteur.

En effet, dans notre législation, la puissance paternelle n'a plus le caractère qu'elle avait en droit romain. A Rome, elle avait été conçue dans l'intérêt du père plutôt qu'en vue de protéger l'enfant. Dans le Code civil il est vrai de dire que c'est l'inverse qui se produit, la protection des intérêts de l'enfant passe bien avant l'idée d'assurer et de fortifier l'autorité paternelle. Il nous paraît difficilement contestable que le législateur de 1804, s'inspirant en cela des plus sûres notions du droit naturel, a eu surtout pour but d'organiser un système de protection pour l'enfant tout en réglant les pouvoirs du père. Or, nous le savons, l'administration légale est un attribut de la puissance paternelle et ne se comprendrait pas en dehors d'elle. Elle doit donc participer de sa nature et tendre au même but : la sauvegarde des intérêts de l'enfant.

Avec cette manière de voir on peut répondre aux critiques auxquelles a donné lieu la place de l'art. 389 au titre de la tutelle.

Que ces critiques aient une part de vérité, nous ne le contestons pas. Nous l'avons dit nous-mêmes, l'administration légale diffère essentiellement de la tutelle. Elle dérive de la *puissance paternelle*, dont elle est une des conséquences immédiates. A ce titre, l'art. 389 avait sa place marquée parmi les textes qui traitent de la *puissance paternelle*, c'est-à-dire au titre IX.

Mais ne peut-on pas faire remarquer qu'en plaçant l'article 389 en tête du titre de la tutelle, les rédacteurs du Code civil ont eu en vue la conformité du but auquel doivent tendre les deux institutions? Nous nous réservons de développer plus tard ce point de vue, qui, à nos yeux, apparaît comme d'un grand secours pour l'interprétation de l'art. 389. Nous ne l'indiquons ici qu'incidemment.

De ces préliminaires complaisamment étendus pour la netteté de notre exposition, se dégagent les deux idées qui doivent dominer le commentaire de l'art. 389. Elles peuvent se résumer ainsi : l'administration légale est confiée au père ou exceptionnellement à la mère, pendant le mariage, à raison de la confiance qu'ils inspirent, mais dans le but de protéger les intérêts de l'enfant.

La confiance dans l'administrateur, la protection de l'enfant, voilà donc la double essence de la matière. Il importait, dès le début, de caractériser ainsi l'administration légale et de mettre ces notions bien en lumière pour éclaircir les obscurités de ce difficile sujet et en surmonter les obstacles.

8. — Les difficultés naissent surtout du laconisme de l'art. 389. Sans doute, le législateur devait établir, durant le mariage, une administration légale des biens des enfants mineurs distincte de l'administration du tuteur; mais il est regrettable

que, ce faisant, il n'en ait pas tracé les grandes lignes.

C'est trop peu de déférer au père l'administration légale, et de poser le principe de sa responsabilité (art. 389). Ainsi, quelles règles appliquer si le père se montre incapable ou infidèle dans la gestion ? S'il veut se décharger d'une administration trop lourde, quels moyens sont à sa disposition ? Bien mieux, en admettant que ces questions ne se posent pas, que le père consente à agir ou qu'il en soit capable, en quoi consistera cette gestion ? Quels droits lui conférera-t-elle ? Enfin, de cette responsabilité dont le principe est posé en l'art. 389, quelle sera l'étendue ?

Sur tous ces points, l'interprète doit suppléer au silence de la loi, en s'inspirant le plus possible de son esprit et de son but. Le droit est certain, mais il reste à l'organiser, à en préciser les conditions d'exercice, à délimiter les responsabilités encourues. De la difficulté de cette tâche viennent les divergences profondes de la doctrine et la diversité de la jurisprudence.

Les idées essentielles que nous avons mises en relief plus haut seront notre point d'appui et notre guide.

9. — Le pouvoir législatif a été récemment appelé à s'occuper de l'administration légale. Lors de la

discussion de la loi relative à l'aliénation et à la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs, on fut amené tout naturellement à se demander si la loi nouvelle s'appliquerait tout à la fois au mineur en tutelle et au mineur dont les père et mère vivent encore et dont, en conséquence, les biens sont soumis à l'administration légale de l'un d'eux.

Dans la séance du Sénat, du 17 février 1880, un amendement avait été proposé afin d'étendre les dispositions de la loi nouvelle au père administrateur légal, dans les cas où il était particulièrement utile de protéger l'enfant contre les pouvoirs trop étendus du père :

« La présente loi, disait l'amendement, sera ap-
« plicable au père administrateur légal dans les
« cas : 1° de séparation de corps obtenue contre lui;
« 2° de séparation de biens; 3° d'expropriation ; et
« 4° de faillite ou de déconfiture. Les formalités
« prescrites par la loi seront surveillées par un cu-
« rateur *ad hoc*, dans les formes indiquées par
« l'art. 7. » Cet amendement fut repoussé sur les observations de M. Denormandie. Rapporteur de la loi, il fit remarquer que son but unique était de régler les pouvoirs du tuteur, et que ce serait l'en faire dévier que de l'étendre, dans quelques mesure que ce fût, au père administrateur légal.

D'ailleurs, ajouta-t-on, il était « inopportun de « trancher accidentellement la question très grave « et très controversée de savoir quelles étaient les « obligations du père administrateur légal des biens « de ses enfants mineurs ».

Le gouvernement intervint dans la discussion et prit l'engagement de présenter un projet de loi pour la réglementation générale des pouvoirs du père, administrateur légal, venant ainsi compléter l'art. 389 et combler les lacunes de notre législation en matière d'administration légale (1).

Le conseil d'État, mettant à l'étude les propositions qui lui étaient soumises, élabora un projet de loi qui fut déposé le 16 novembre 1881 sur le bureau de la Chambre des députés. Il était ainsi conçu :

« Article unique : L'art. 389 du Code civil est « complété par les dispositions suivantes :

« Le père, administrateur, ne peut faire aucun « acte excédant l'administration des biens des en- « fants mineurs sans recourir à une autorisation « de justice donnée par le tribunal ou chambre du « conseil.

« Sont considérés comme excédant l'administra-

1. Voir sur tous ces points, l'exposé des motifs du projet de loi du 26 novembre 1881. *Journal officiel*, 1881. Chambre des députés, annexe, p. 1834.

« tion et soumis par suite à l'autorisation précé-
« dente, tous les actes d'aliénation, de conversion
« et d'emploi de valeurs mobilières prévues par les
« art. 1, 2, 4, 5, 6 et 10 de la loi du 27 février 1880.
« La conversion et l'emploi seront accomplis dans le
« délai de trois mois à partir du jour où les biens se-
« ront advenus au mineur.

« Le père administrateur peut, sur sa demande,
« en cas d'infirmités, être déchargé par le tribunal
« de son administration.

« Il peut, sur la demande des parents des mineurs
« ou sur l'initiative du ministère public, en être
« privé par le tribunal pour cause d'inconduite no-
« toire, d'incapacité ou d'infidélité.

« Dans tous les cas où le père administrateur a
« été déchargé ou privé de son administration, le
« tribunal, à la requête des parents des mineurs ou
« sur l'initiative du ministère public, désigne en
« chambre du conseil la mère ou un tiers adminis-
« trateur pour la remplacer. »

L'économie du projet est facile à saisir.

On se préoccupe avant tout de délimiter les pouvoirs d'administration dévolus au père et de prévoir les causes qui peuvent y mettre fin.

Comme nous le verrons, en effet, les questions les plus délicates que soulève l'interprétation de l'art. 389 sont celles de savoir, d'une part, sous quelles

conditions le père peut accomplir les actes qui dépassent les limites de l'administration, et, d'autre part, s'il est des causes autres que celles que nous trouvons implicitement énoncées dans ce texte, en vertu desquelles l'administration légale puisse prendre fin.

De plus, étant donné l'importance toujours croissante des valeurs mobilières, il importait dans une loi nouvelle inspirée, par la loi du 27 février 1880, d'indiquer si l'aliénation de ces valeurs mobilières serait rangée parmi les actes d'administration ou tout au contraire parmi les actes de disposition ; et, dans ce dernier cas, quelles formalités seraient prescrites au père pour l'aliénation, la conversion ou l'emploi de ces valeurs.

Telle a été précisément la tâche que les auteurs du projet portant modification de l'art. 389 ont entreprise, tel est le but qu'ils se sont proposés.

Il n'ont pas défini, et ils n'en avaient pas mission, quels sont les actes d'administration, quels sont les actes de disposition. Ils supposent la distinction établie.

S'agit-il d'actes d'administration, on ne s'en préoccupe pas. On laisse à leur égard pleine liberté au père. Il se trouve, à ce point de vue, dans une situation analogue à celle du mari administrateur des biens personnels de sa femme. Le père pourra donc,

nous dit l'exposé des motifs, accomplir sans condition ni contrôle les actes principaux que comporte cette administration : inventaire des biens, aliénation du mobilier, dépenses du mineur, emploi des revenus, baux des immeubles, etc., etc.

S'agit-il des actes de disposition, sauf à déterminer ce qu'on entend par acte de disposition, le projet de loi, voulant mettre fin aux controverses qui s'agitent sur ce point en doctrine et en jurisprudence, autorise le père à accomplir ces actes, mais sous le contrôle de la justice.

Enfin, parmi ces actes de disposition qui exigent de la part du père voulant les accomplir l'autorisation de justice, le projet range les aliénation, conversion et emploi de valeurs mobilières appartenant à l'enfant.

Il est même à remarquer que le projet de loi va beaucoup plus loin dans cet ordre d'idées que l'amendement présenté au Sénat lors de la discussion de la loi du 27 février 1880. Cet amendement n'appliquait la loi nouvelle au père administrateur que dans certaines hypothèses exceptionnelles, dans les cas où il paraît plus urgent, plus indispensable, de soustraire les valeurs mobilières de l'enfant aux pouvoirs absolus du père administrateur.

D'après le projet de loi, au contraire, c'est dans

tous les cas que la loi du 27 février 1880 s'applique au père administrateur légal ; et l'auteur du projet nous en donne la raison :

« Il n'était pas suffisant de rendre applicables « ces règles dans certains cas déterminés, ainsi « qu'on l'avait proposé lors de la discussion du Sé- « nat. La protection des intérêts de l'enfant exige « une plus large application du principe adopté en « 1880. On eut difficilement compris que les mê- « mes actes déclarés par la loi de 1880 « *actes de* « *disposition* » pussent être, à l'égard du père admi- « nistrateur, tantôt considérés comme de simples « actes d'administration et tantôt interdits comme « actes d'aliénation. »

Après s'être occupé des pouvoirs du père administrateur légal, le projet réglemente avec soin les cas dans lesquels le père administrateur légal peut être déchargé ou privé de l'administration légale. Ici encore il efface les divergences nombreuses qui divisent les auteurs sur cette délicate question.

Telle est l'économie du projet nouveau. Il est regrettable que ce projet n'ait pas été adopté par les Chambres. Sans doute il ne réglemente pas complètement l'administration légale du père de famille, et certains points sont laissés dans l'ombre sur lesquels la controverse persisterait. Mais, néanmoins, il trancherait les questions délicates de la

matière et permettrait à l'interprète, abandonné aujourd'hui à ses propres forces, de s'avancer plus sûrement dans l'examen et le commentaire de l'article 389.

Nous aurons plus d'une fois l'occasion de faire allusion à ce projet et de rapprocher les solutions que nous adopterons des solutions nouvelles proposées.

10. — Ce qui prouve jusqu'à l'évidence combien il serait utile de modifier et de compléter l'art. 389, c'est que, dans les législations étrangères récentes, on a précisément pris soin de soumettre l'exercice et le fonctionnement de l'administration légale à des conditions qui ne permettent pas au père d'abuser de ses pouvoirs au préjudice de ses enfants.

Nous citerons notamment la loi allemande de 1873 et la loi italienne de 1868.

En vertu de la loi allemande, le père, administrateur légal, doit faire nommer un tuteur *ad hoc* ou obtenir le consentement des autorités pupillaires lorsqu'il aliène ou hypothèque les biens de ses enfants. A-t-il des intérêts opposés aux leurs ou veut-il traiter avec eux, il sera de même nommé un tuteur spécial. Enfin, si sa gestion devient dangereuse pour les intérêts de l'enfant, on exige qu'il donne de sérieuses garanties.

La loi italienne se montre plus rigoureuse encore à l'égard du père. Il semble que sa gestion n'ins-

pire pas au législateur italien la même confiance qu'au législateur français. En effet, si le père veut aliéner, hypothéquer les immeubles de l'enfant ou emprunter, il doit recourir à l'autorisation du tribunal civil; et cette autorisation ne lui sera accordée que si l'opération est commandée par la nécessité ou présente un avantage évident. Cette même autorisation est nécessaire pour accepter une succession.

S'agit-il d'actes moins graves, par exemple du recouvrement et de l'emploi des capitaux, de la vente du mobilier sujet à détérioration ? Bien que la loi italienne pose en principe que le père peut faire tous les actes d'administration relatifs au patrimoine de ses enfants, sans contrôle ni garantie, elle le soumet, relativement à ses actes, à la nécessité de demander l'autorisation du juge de paix.

Enfin, de même que dans la loi allemande, si des intérêts opposés surgissent entre le père et l'enfant, il doit être nommé par le tribunal civil, un curateur spécial pour représenter l'enfant.

Dans la loi espagnole, nous trouvons cette particularité que les biens du père, et ceux de la mère si c'est elle qui a en mains l'administration légale, sont hypothéqués à la sûreté du prix, dans le cas où ils aliènent les biens de l'enfant. De plus, ils sont

soumis à toutes les charges de l'usufruitier, sauf à la nécessité de fournir caution. Sous réserve de ces restrictions, le père (ou la mère) a des pouvoirs d'administrateur très étendus.

Ce rapide aperçu de quelques législations étrangères suffit à montrer qu'ici nous sommes restés en arrière dans la voie du progrès. L'adoption du projet de loi relaté plus haut, réaliserait ce progrès et constituerait une heureuse innovation.

11. — Quant à l'ordre que nous comptons suivre pour l'exposition de la matière, il nous semble, comme en matière de tutelle, que trois questions générales s'offrent à notre examen.

D'abord, quelles personnes sont investies de l'administration légale ?

Ensuite, ce point résolu, quelle est l'étendue des pouvoirs de l'administrateur légal ?

Enfin, quelle est l'étendue de sa responsabilité ?

Nous examinerons donc successivement dans trois chapitres, les trois grandes questions suivantes :

Chapitre I. — A qui appartient le droit d'administration légale ?

II. — Quel est le fonctionnement de cette administration légale ?

III. — Quelle est la responsabilité encourue par l'administrateur légal à raison de sa gestion ?

CHAPITRE I

A QUELLES PERSONNES APPARTIENT L'ADMINISTRATION LÉGALE ?

12. — L'art. 389, C. civ., ne confère qu'au père, durant le mariage l'administration des biens personnels de ses enfants mineurs.

Le législateur, en effet, s'est placé dans l'hypothèse normale. L'administration légale est un attribut de la puissance paternelle. Or, s'il est vrai que celle-ci appartient à la fois au père et à la mère pendant le mariage (art. 372), il n'est pas moins vrai que l'exercice de cette puissance est confié, en principe, au père *seul* tant que le mariage n'est pas dissous (art. 373).

C'est par application de ces idées que les rédacteurs du Code civil, statuant sur le *plerumque fit,* ont été amenés à décider dans l'art. 389, C. civ., que l'administration légale appartiendrait au père.

13. — Il y a, d'ailleurs, ceci de remarquable,

qu'en général la loi ne s'est pas préoccupée de l'hypothèse, qu'il convenait cependant de prévoir, où le père se trouverait, pendant le cours du mariage, dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle. Au siège de la matière, au titre de la *puissance paternelle*, les art. 371 et suivants ne paraissent pas songer à cette éventualité. De même, en ce qui concerne l'usufruit légal dont il est question dans les textes qui terminent ce titre, la loi ne l'accorde expressément, pendant le mariage, qu'au père et à lui seul. Et c'est une question fort discutée que de savoir si ce droit de jouissance légale de l'art. 384 peut appartenir à la mère pendant la durée du mariage.

Ici, comme dans les hypothèses précédentes, les rédacteurs du Code, voulant poser une règle générale, investissent le père, c'est-à-dire celui qui, en principe, a l'exercice de la puissance paternelle, du droit de gérer le patrimoine propre de ses enfants mineurs.

14. — Et cependant il peut arriver que le père soit dans l'impossibilité d'exercer le mandat qu'il a reçu de la loi. Par exemple, il y aura impossibilité physique si le père est présumé absent.

Impossibilité morale si, sans être interdit, il a été placé à raison de troubles intellectuels dans un établissement d'aliénés.

Impossibilité légale, dans le cas d'interdiction soit légale, soit judiciaire.

La loi n'a pas prévu ces hypothèses qui se présentent souvent en fait. Il importe cependant de décider si elle entend maintenir au père un droit qu'il ne peut plus utilement exercer.

Sur ce point, les auteurs concluent unanimement à la négative (1).

Toutefois il ne faut pas oublier que l'administration légale n'est conférée à la mère qu'à titre tout à fait exceptionnel. Il convient donc de limiter soigneusement l'exception et de bien marquer dans quels cas la mère pourra être appelée à exercer un droit qui ne lui appartient pas en principe.

15. — Et d'abord, dans le cas de disparition du père (art. 141), alors qu'il est présumé absent. A notre avis, cette solution est de faveur ; il ne faut pas l'étendre à l'hypothèse où l'absence du père aura été déclarée.

Sans doute, l'art. 141, si on le rapproche de l'art. 142, ne semble pas restreindre aussi nettement que ce dernier la solution qu'il donne au cas où l'absence n'aurait pas encore été déclarée. Et cependant il nous paraîtrait difficile d'accorder à la mère l'administration légale, même après la déclaration d'absence du père.

1. Demol., tome VI, n° 449. — Aubry et Rau, § 87.

Que l'on évite de donner ouverture à la tutelle lorsque le père est simplement présumé absent, et que la mère soit alors chargée d'administrer, à dé faut du père, les biens personnels de ses enfants mineurs, nous le comprenons sans peine. Il y a lieu d'espérer le retour du père. La situation à régler n'est que provisoire ; la mère est mieux placée que tout autre pour veiller sur les biens de ses enfants. On lui remettra donc le soin d'administrer leur patrimoine.

Mais lorsque l'absence est déclarée, la situation n'est plus la même; il y a lieu de craindre que le père, dont l'absence s'est ainsi prolongée, ne revienne jamais au foyer domestique. Il ne s'agit plus de prendre des mesures provisoires qui s'expliquaient au cas de présomption d'absence, car à cette heure elles ne se justifieraient pas. D'une part, l'enfant perd un de ses protecteurs naturels, de l'autre cette situation menace de se prolonger ; l'administration légale doit céder la place à une tutelle provisoire.

Il serait aisé de démontrer que, dans le chapitre VI, du titre de l'absence, le législateur ne s'est préoccupé que de l'hypothèse où le père serait simplement présumé absent. Mais nous ne croyons pas devoir insister davantage sur un point de doctri-

ne qui ne soulève que des dissidences isolées (1).

16. — S'il s'agit pour le père d'une impossibilité *morale* d'exercer les pouvoirs d'administrateur légal, il n'est pas non plus douteux que ses pouvoirs passeront à la mère. Mais pour s'en emparer, il ne suffira pas à celle-ci d'alléguer une altération plus ou moins grave des facultés intellectuelles de son mari.

Pour justifier cette impossibilité morale et le droit très exceptionnel qui en résulte, il faut, quand le père n'est pas interdit, qu'il ait été placé dans un établissement d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838. Ne pouvant plus alors gérer même son propre patrimoine, comment conserverait-il la gestion du patrimoine d'autrui !

17. — Enfin, le père est dans l'*impossbiilité légale* d'exercer ses droits d'administrateur lorsqu'il est interdit soit *juciciairement* (art. 502. C. civ.) soit *légalement* (art. 29. C. pénal). Celui qui est frappé d'interdiction soit judiciaire soit légale, perd, en effet, l'administration de son patrimoine. Le but de l'interdiction légale, notamment, est spécialement de pourvoir à la gestion des biens du condamné. On comprend dès lors que l'administration légale passe du père interdit aux mains de la mère.

Mais c'est une question de savoir si cette admi-

1. Demol. Tome II. n° 317; — Aubry et Rau, § 160 texte *in fine* et note 8.

nistration appartiendra toujours et sans distinction à la mère. Ainsi, que le père soit frappé d'une interdiction judiciaire : Sans doute, la mère peut être nommée tutrice de son mari (art. 507 C. civ.), et alors pas de difficultés. Mais l'hypothèse contraire peut se produire, la tutelle peut avoir été confiée à un étranger. Cet étranger aura-t-il aussi l'administration légale ? — Il faut décider la négative parce que ce droit est un attribut de la puissance paternelle, et que la mère, à défaut du père, a seule l'exercice de cette puissance. C'est donc à elle qu'incombera l'administration légale. Le tuteur se contentera de veiller sur le patrimoine personnel de l'interdit, car c'est exclusivement cette gestion qui lui est confiée (1).

18. — Telles sont les diverses causes qui autorisent exceptionnellement la mère à prendre en mains la direction des affaires de ses enfants. Il ne faut pas aller plus loin dans cette voie. C'est ainsi que l'administration légale continue à appartenir au père, encore bien qu'il ait été condamné à raison du délit puni par l'art. 334 du Code pénal. Il est vrai que l'art. 335 deuxième alinéa, du même Code, déclare le père ou la mère qui aurait excité ses propres enfants à la débauche, déchu des avantages à lui

1. *Contrà.* Demol. Tome VI, n° 450.

attribués sur leurs personnes ou leurs biens par le titre IX du livre I du Code civ. Le coupable se voit donc privé de l'exercice de la puissance paternelle, et il semble, comme conséquence, qu'il devrait l'être aussi de ses divers attributs, notamment de l'administration légale.

C'est en effet la solution que réclamerait la raison. Mais en matière pénale il est un principe que l'on ne saurait mettre à l'écart, quelque contradictoires et illogiques que soient les conséquences auxquelles il peut conduire. C'est la nécessité d'interpréter restrictivement les textes du Code pénal. Cette règle s'impose à l'interprète. Or, le père qui s'est rendu coupable du délit prévu par l'art. 334 C. pén., n'est privé que des avantages qui lui sont attribués par le Titre IX de la *Puissance paternelle*, et précisément l'art. 389 qui s'occupe de l'administration légale ne figure pas dans ce titre.

Ainsi, bien que cette conséquence apparaisse comme singulière, les tribunaux n'auraient pas le droit de retirer au père condanmé pour le délit en question, l'administration légale des biens de ses enfants mineurs. Vraisemblablement le législateur n'a point prévu le résultat choquant auquel sa disposition devait aboutir. Voilà qui démontre combien il importe à ceux qui rédigent les lois d'assigner avec soin, à chaque texte, la place qu'il doit occu-

per. Si l'art. 389, qui confère au père (ou à la mère) un attribut de la puissance paternelle, était placé comme il devrait l'être au titre IX, nous n'aurions pas le regret d'être conduit à une solution aussi peu rationnelle que celle que nous avons été obligés d'accepter.

19. — Il peut se faire que ni le père, ni la mère ne soient en état d'exercer le droit à eux attribué par l'art. 389. Tous les deux sont physiquement, moralement ou légalement empêchés. Y aura-t-il lieu alors, et provisoirement, à l'ouverture anticipé de la tutelle? Ou bien, au contraire, se contentera-t-on de charger une tierce personne des intérêts de l'enfant?

Il nous paraît difficile, en présence de l'art. 390 qui fixe comme point de départ de la tutelle la dissolution du mariage, de déclarer, dans notre hypothèse, la tutelle ouverte à titre provisoire. La tutelle est-elle donc ouverte lorsque le père se trouve dans l'un des cas d'empêchement que nous avons signalés? Personne ne l'admet. Pourquoi donc modifier la solution lorsque ce n'est plus le père seul, mais le père et la mère qui se trouvent dans l'impossibilité d'administrer! Serait-ce parce que les motifs qui ont inspiré l'art. 389 ne se rencontrent plus? Nous n'en disconvenons pas; mais l'objection est tout aussi forte et tout aussi pressante lorsque c'est

le père seul qui est incapable, puisqu'alors l'enfant est privé de l'un de ses défenseurs naturels, de celui-là même auquel la loi a confié en première ligne l'exercice de la puissance paternelle.

Concluons donc que, dans l'hypothèse où nous nous sommes placés, il y a lieu de confier l'administration des biens des enfants à un tiers qui administrera provisoirement. Cette administration prendrait fin soit par le décès du père ou de la mère, soit par la disparition de l'obstacle qui s'opposait à ce que l'un ou l'autre administrât le patrimoine des enfants (1).

20. — Tels sont les cas dans lesquels le père peut se voir privé, par la force même des choses, de l'administration légale qui passe alors à la mère. Mais à supposer que le père ne se trouve pas dans l'un des cas d'empêchement ci-dessus, l'administration légale lui appartiendra-t-elle toujours et quand même?

Ainsi, le père qui voudrait, pour des motifs déterminés, par exemple pour raison de santé, se faire *décharger* de l'administration légale, en aurait-il le droit?

Ou bien, en sens inverse, pourrait-on *déclarer le père déchu* de l'administration légale, dans le cas no-

1. Dem., tome VI, n° 451. — Cpr. Aubry et Rau, § 87, note 4, VII, n° 27.

tamment où sa gestion attesterait incapacité ou infidélité ?

Ce sont là les deux faces d'une même question que, d'habitude, on formule ainsi dans la doctrine :

Le père administrateur légal peut-il invoquer les causes de dispense ou d'excuse dont il est fait mention à la section VI, chapitre II, titre X de la tutelle ?

Le père administrateur légal peut-il se voir opposer les incapacités, exclusions, destitutions de tutelle dont il est question dans la section VII, même chapitre ?

Avant d'entrer dans l'examen de ces controverses, il faut observer que, quel que soit le parti que nous prenions sur ces diverses questions, nous entendons réserver complètement le point de savoir si les règles de l'administration légale doivent se compléter, en principe, par les règles de la tutelle. Nous ne voulons en rien préjuger ici cette question, et nous pensons que les solutions que nous allons bientôt proposer ne se trouveront nullement en contradiction avec le principe que nous formulerons plus tard.

21. — Et d'abord, le père administrateur légal pourrait-il, à l'effet de se décharger du fardeau de

1. § 123, note 11, Aubry et Rau.

cette administration, se prévaloir des causes de dispense ou d'excuse que le tuteur peut invoquer, et que nous rencontrons dans la section VI du chapitre II de la tutelle?

Si l'on veut appliquer les vrais principes du droit, cette question ne peut soulever de difficultés.

En effet, les textes qui introduisent des causes d'excuse doivent s'interpréter restrictivement. Ces excuses ne peuvent profiter qu'à ceux-là même pour qui elles ont été établies. En pareille matière, tout est de droit étroit; et c'est une vérité d'évidence que de faire observer qu'une excuse *légale* ne peut exister sans *loi*. Or, les textes de la section VI ont été écrits en vue de la tutelle; il n'y est traité que des causes qui dispensent de la tutelle. Donc, le père administrateur n'est pas fondé à se prévaloir de ces textes.

Cet argument de principe suffirait à lui seul à justifier notre solution. On peut ajouter, avec MM. Aubry et Rau (1), qu'en admettant même que l'interprétation restrictive ne s'impose pas ici et qu'il ne soit pas interdit de procéder par analogie, il faut s'en abstenir, car l'analogie est trompeuse. Autre chose est d'être tenu d'accepter une tutelle avec ses lourdes charges, ses graves responsabilités, autre chose d'administrer le patrimoine de ses pro-

1. Aubry et Rau, § 123, note 11.

pres enfants. Cette tutelle dont on cherche à s'excuser, à se décharger, sera quelquefois celle d'un étranger ou d'un parent éloigné, tandis que pour le père administrateur légal, c'est toujours l'administration du patrimoine de ses propres enfants qui est en cause.

L'analogie n'est donc qu'apparente; la situation n'est pas la même. Cela est si vrai que, voulut-on raisonner ici par analogie, il faudrait bien renoncer à appliquer au père administrateur certains textes, notamment les art. 432, 435 et 436, C. civ. Les causes d'excuses établies par ces deux derniers textes ne dispenseraient pas le père de la tutelle de ses propres enfants. A plus forte raison ne pourraient-elles pas le dispenser de l'administration légale qui lui incomberait durant le mariage, puisque celle-ci est beaucoup moins onéreuse.

D'ailleurs, et, dans l'ordre d'idées où nous sommes placés, ceci vient encore confirmer la différence de situation que nous prétendons exister entre le père administrateur légal et le tuteur, l'administration légale est, à vrai dire, une conséquence de la puissance paternelle et des avantages qu'elle confère. Le plus souvent, par exemple, le père aura la jouissance des biens dont il a l'administration. Comprendrait-on qu'il voulût se dérober à celle-ci qui constitue une charge, tout en conservant celle-là qui,

elle, constitue un avantage! C'est le cas d'appliquer la maxime : *Ubi emolumentum ibi et onus esse debet.*

Nous regardons donc pour certain que dans l'état actuel de notre législation, le père, administrateur légal, est tenu de conserver l'administration que la loi lui confie, sans pouvoir s'y soustraire en faisant valoir les causes de dispense dont bénéficierait le tuteur (1).

22. — Nous maintiendrions cette solution si le père invoquait la cause de dispense écrite dans l'article 434 C. civ., la seule peut-être qu'il serait désirable de voir étendre à l'administration légale. Et cela contrairement au sentiment exprimé par quelques interprètes, parce qu'il nous semble souverainement illogique de poser un principe pour s'en écarter aussitôt. Dès lors que l'on décide que la section VI du chapitre II de *la Tutelle* n'est pas applicable au père, administrateur, il ne peut être question de faire un choix parmi les textes de cette section et d'en appliquer quelques-uns sous prétexte de nécessité. C'est là, nous semble-t-il, un mauvais procédé d'interprétation, sur lequel au surplus nous aurons bientôt à nous expliquer plus longuement.

1. Voir en ce sens, Demol., tome VI, nº 430; — Aubry et Rau, § 123, note 16. *Contrà*, Valette sur Proud'hon, tome I, p. 285 ; — de Fréminville, des *Minorités*, tome I, p. 17.

La responsabilité du père continuerait donc à être engagée alors même qu'il se trouverait dans le cas de l'article 434. Toutefois, cette conséquence rigoureuse de la doctrine que nous avons adoptée, a frappé les auteurs du projet de loi dont nous avons parlé plus haut. Sans se prononcer sur la solution à donner à la question générale (et par cela même ils confirment notre manière de voir), les auteurs du projet se sont contentés d'admettre que « le « père, administrateur, peut, sur sa demande, en « cas d'infirmités, être déchargé par le tribunal de « son administration ».

23. — Il peut arriver que le père se montre administrateur *infidèle* ou *incapable*, et que, à l'inverse du cas précédent, il veuille conserver quand même l'administration légale dont il a démérité.

S'il s'agissait de tutelle le remède serait facile. L'art. 442 édicte certains cas d'incapacité, et les art. 443 et 444 permettent d'écarter, soit en l'excluant, soit en le destituant de la tutelle, un tuteur qui ne présenterait pas les garanties que la loi exige de lui.

La question est de savoir si ces textes sont applicables au père administrateur?

24. — Lorsque les auteurs examinent cette question, ils placent sur la même ligne les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle.

Et cependant peut-être y aurait-il lieu de faire remarquer qu'en ce qui concerne les incapacités prononcés par l'art. 442, la question présente bien peu d'importance.

Que le père mineur puisse avoir l'administration légale, ce n'est pas douteux : il peut même être tuteur de ses enfants (art. 442, 1° C. civ.).

Nous en dirons autant de la mère. Il est fait exception en sa faveur à la règle qui ne permet pas aux femmes d'être tutrice (art. 442, 3° C. civil). Donc, à l'occasion, elle peut aussi être investie de l'administration légale. Nous l'avons supposé plus haut, sans même discuter la question. — Enfin, nous avons admis avec tous les auteurs que l'exercice de la puissance paternelle passant à la mère lorsque le père était interdit, il devrait en être ainsi de l'administration légale (art. 442 2°).

Resterait donc le 4° de l'article 442. Il faut bien avouer que l'hypothèse qu'il prévoit est de nature à se présenter très rarement dans les rapports du père avec l'enfant.

25. — Dans tous les cas, et sans contester que la question peut être débattue à ce dernier point de vue, l'intérêt principal de la controverse consiste à se demander si les causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle sont communes à l'administration légale, si la section VII du chapitre II *de la tutelle* lui est applicable ?

A la question posée en ces termes, nous répondrons comme tout à l'heure par la négative. Non ce ne sera pas en appliquant les textes de la section VII que l'on pourra enlever au père (ou à la mère) l'administration légale qu'il tient du mandat de la loi.

D'abord nous pouvons reproduire, et peut-être avec plus de force, l'argument que nous avons présenté relativement aux causes d'excuse : les textes qui prononcent des incapacités ou des déchéances doivent être entendus restrictivement. Cette proposition n'a pas besoin d'être démontrée. Il n'est pas possible de recourir ici au pouvoir discrétionnaire du juge. Tout est de droit étroit en matière d'incapacité ou de déchéance. Or, nos textes ne sont écrits spécialement que pour la tutelle ; donc on ne peut les étendre à l'administration légale.

Cet argument nous paraît irréfutable. D'ailleurs, la loi prend elle-même la peine de le confirmer expressément sur un point. La dégradation civique, aux termes de l'article 34 du Code pénal, entraîne de plein droit exclusion ou destitution de la tutelle. Le texte est muet en ce qui concerne la puissance paternelle. Il faut de toute nécessité en conclure, puisqu'il s'agit d'interpréter un texte du Code pénal, que la dégradation civique n'entraîne pas déchéance de la puissance paternelle, et par suite, de

ses différents attributs, notamment de l'administration légale. L'art. 42 du Code pénal fournirait un argument du même genre.

Les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution de la tutelle n'atteignent donc pas l'administration légale. Seules, en principe, et nous n'avons point à entrer ici dans des développements qui nous entraîneraient trop loin, les causes de déchéance de la puissance paternelle amèneraient la suppression de l'administration légale, l'un des attributs de cette puissance.

Nous disons en principe, car nous rappelons qu'il ne faudrait pas appliquer indifféremment à l'administration légale les causes de déchéance de la puissance paternelle. Nous avons indiqué notamment que le père ne pourrait se voir enlever cette administration par application de l'art. 335 du Code pénal. C'est une solution assurément peu satisfaisante au point de vue rationnel, mais à laquelle on est amené à raison de la place qu'occupe dans l'ordre des textes l'art. 389 du Code civil.

26. — La question que nous venons d'examiner est tranchée en ce sens par la grande majorité des auteurs (1). Mais plus vive est la controverse quand on entre dans le détail et dans l'application.

1. Aubry et Rau, 123. Texte et note 11 ; Demol. Tome VI, n° 430, etc...

Il en est qui, après avoir admis le principe de la non application à l'administration légale des incapacitése, exclusion ou destitution de la tutelle, déclarent néanmoins applicable au père administrateur l'art. 444 du Code civ. qui exclut ou permet de destituer de la tutelle et les gens d'une inconduite notoire, et ceux dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité.

En effet, disent-ils, le père est obligé d'administrer en bon père de famille, au même titre que le tuteur. Pour celui-ci, la sanction de cette obligation est écrite dans l'article 444 du Code civil. L'obligation du père étant identique puisque le mandat qui lui est confié est le même que celui du tuteur, la sanction doit être la même pour l'un et pour l'autre. En conséquence, ils concluent, par identité de motifs, à l'application au père, administrateur légal, de l'art. 444 ; — ajoutant qu'il est de nécessité qu'on puisse ainsi enlever totalement au père l'administration légale, parce que le père ne peut se voir permis, en qualité d'administrateur, ce qui lui serait défendu s'il était le tuteur de ses enfants, à savoir de dilapider leur fortune par une gestion incapable ou infidèle.

Du reste, ce système reconnaît aux tribunaux un certain pouvoir discrétionnaire, leur conseillant cependant de n'appliquer l'art. 444 qu'avec une grande

circonspection et des ménagements. La jurisprudence paraît formée en ce sens (1).

Nous hésitons à nous ranger de cet avis. C'est une inconséquence que de déclarer l'art. 444 du Code civil applicable au père administrateur légal, après avoir admis que les causes d'excuses, d'exclusion ou de destitution de la tutelle n'atteignent pas le père. Pourquoi poser une règle pour n'en tenir aucun compte l'instant d'après, et prendre la peine d'établir solidement un principe pour l'enfreindre aussitôt ! Ce défaut de logique nous paraît d'autant plus grave que tous les arguments sur lesquels on appuie la solution de la question générale se retrouvent avec la même énergie pour faire rejeter l'application de cet art. 444 à notre matière. Les textes de la section VII, dit-on, ne s'appliquent qu'à la tutelle, qu'au tuteur. Or, il n'y a dans notre hypothèse ni tutelle, ni tuteur. Pourquoi alors faire des distinctions sous prétexte d'analogie ou d'équité ?

Objecte-t-on que le père, administrateur légal, et le tuteur ont reçu de la loi le même mandat, et que ce même mandat doit avoir même sanction ?

Peut-être, en effet, devrait-il avoir la même sanction, et nous comprenons très bien les modifications apportées sur ce point à l'art. 389 par le texte du

1. Voir en ce sens Demol., tome VI, n° 424. — Aubry et Rau, § 123, note 13. — Montpellier, 25 août 1864. Sir. 1864, II, 225.

projet de loi dont nous avons déjà parlé. Il n'en est pas moins vrai que, dans l'état actuel de notre législation, cette sanction n'est écrite dans les textes que pour le tuteur. C'est une déchéance ; et en fait de mesures dont le caractère est plus ou moins infamant, toute interprétation extensive est absolument proscrite. Il faut s'en tenir à l'interprétation littérale.

Enfin, nous ne sommes pas convaincus par les considérations tirées de la raison et de la nécessité même des choses. Fût-il vrai que la nécessité commande l'application à notre matière de l'art. 444, ce qu'il faudrait dire c'est qu'il y a une lacune regrettable dans la loi. Appeler de ses vœux une réforme législative, souhaiter un succès prochain aux efforts tentés dans ce but, voilà ce qui appartient à l'interprète plutôt que de combler la lacune, alors même qu'elle existe.

27.— Mais, d'ailleurs, cette lacune existe-t-elle? En laissant de côté l'art. 444 du C. civ., et à l'aide des principes mêmes de l'administration légale, ne pouvons-nous pas enlever au père, qui fait preuve d'incapacité ou d'infidélité dans sa gestion, les biens que la loi, dans sa confiance, avait placés entre ses mains?

Ainsi, le père commet des dégradations sur les biens, ou encore il les laisse dépérir faute d'entre-

tien; il n'interrompt pas les prescriptions qui vont s'accomplir; il reçoit des capitaux pour les dissiper; en un mot, son administration est désastreuse pour l'enfant qui verra dilapider toute sa fortune si on ne retire pas au père une administration dont il abuse.

Est-il donc vrai que, dans ces divers cas, faute de recourir à l'art. 444, il faudra renoncer à protéger l'enfant et laisser se consommer la perte de sa fortune sans que la loi permette d'intervenir?

Assurément, s'il en était ainsi, comme l'admettent quelques auteurs, le résultat serait regrettable. On prétend en vain que la sanction ne ferait pas complétement défaut, le père étant responsable de sa gestion. Qu'importe cette responsabilité du père, s'il est insolvable, ce qui arrive le plus souvent en ce cas! La sanction serait illusoire presque toujours, et la protection tout à fait insuffisante. Au surplus, il est préférable de prendre des mesures pour prévenir le mal plutôt que de le laisser s'accomplir pour être obligé de la réparer ensuite.

Nous estimons que nous ne sommes pas condamnés à nous contenter de proclamer la responsabilité du père, sans pouvoir lui enlever l'administration légale. Et c'est précisément parce que, sans invoquer l'art. 444, nous arrivons à un résultat satisfaisant, que nous avons d'autant moins consenti a

nous mettre en contradiction avec nous-mêmes, en appliquant au père administrateur cette cause générale d'exclusion de la tutelle, alors qu'en principe nous lui déclarons inapplicables les textes de la section VII du chapitre I de la tutelle.

C'est ici le moment de rappeler les deux idées qui caractérisent l'administration légale: La gestion que la loi attribue au père est une gestion de confiance, mais c'est aussi une gestion toute de protection pour l'enfant. La loi qui remet aux mains du père l'administration du patrimoine de ses enfants, estime d'ordre naturel que, plus que tout autre, il est apte à mener à bien cette administration. Son titre de père lui vaut cette confiance. Qui donc, en effet, présenterait plus de garantie pour la sauvegarde des intérêts de l'enfant durant la minorité?

Mais le père peut tromper ces légitimes prévisions et abuser de la confiance que lui accorde la loi. Que si, au lieu de se montrer administrateur intègre et diligent, il fait preuve d'incapacité ou d'infidélité et compromet les intérêts de son enfant, nous ne pensons pas qu'on lui doive maintenir quand même le droit d'administration légale. Il ne suffit pas qu'il tienne son mandat de la loi pour que les tribunaux ne puissent plus le lui retirer. En effet, c'est d'après les vues du législateur et en se conformant à son esprit qu'il convient d'interpré-

ter la loi. Dès lors qu'il est établi que l'administration légale a pour but la protection des intérêts pécuniaires de l'enfant, il faut reconnaître aux tribunaux la faculté d'enlever au père ce droit lorsque, détourné de son but, il devient un danger permanent pour l'enfant.

Ces principes reçoivent d'ailleurs une application facile, lorsque le père administrateur est en même temps usufruitier légal des biens de ses enfants. Personne ne met en doute que l'art. 618 du Code civil ne s'applique à l'usufruit légal (comp. art. 385, 1° et 618). Que si le père commet des actes de négligence qui affectent directement les biens, les tribunaux pourront le déclarer déchu de son usufruit ou tout au moins lui enlever la possession des biens sur lesquels il porte. Dans les deux cas, il n'est pas douteux que le père se verrait privé en même temps de son droit d'administration légale. Cette solution s'impose si l'on veut que la sanction écrite dans l'art. 618 ne soit pas illusoire.

Or, s'il en est ainsi lorsque, à l'administration légale se joint l'usufruit légal, comment admettre qu'il en soit différemment, lorsque l'administration légale existe seule ! Les tribunaux pourraient prononcer l'extinction absolue de l'usufruit paternel, c'est-à-dire d'un droit établi en faveur du père, et il ne pourraient pas lui enlever l'administration lé-

gale, c'est-à-dire d'un droit établi dans l'intérêt de l'enfant !

Il est à remarquer que, lorsque le père est usufruitier légal, il détient les biens non pas seulement en vertu du mandat de la loi, mais encore en vertu d'un droit qui lui est propre. Malgré cette double circonstance, l'art. 618 permet cependant de retirer au père, usufruitier légal, qui abuse de sa jouissance, la gestion des biens soumis à l'usufruit, gestion qui lui appartient à un double titre comme nous venons de le voir. Comment donc refuser aux tribunaux le pouvoir d'enlever au père, simple administrateur, un droit d'administration qu'il ne tient que du mandat de la loi !

Nous prétendons donc que les tribunaux pourront priver le père de son administration légale. En ce cas, ils le confieront de préférence à la mère ; et, si elle n'est point en mesure de l'exercer, à un tiers qu'il ne faudrait pas d'ailleurs qualifier de tuteur, puisqu'il ne peut être question de tutelle pendant la durée du mariage. Nous avons suffisamment justifié cette intervention de la justice et le contrôle supérieur que nous lui reconnaissons le droit d'exercer.

28. — Voici comment le projet de loi portant modification de l'art. 389, remédie à la situation dont nous venons de parler : « *Il (le père) peut sur la*

« *demande des parents des mineurs, ou sur l'initiative*
« *du ministère public, en être privé (de son administra-*
« *tion) par le tribunal pour cause d'inconduite notoire,*
« *d'incapacité ou d'infidélité.*

« *Dans tous les cas où le père administrateur a été*
« *déchargé ou privé de son administration, le tribunal,*
« *à la requête des parents des mineurs ou sur l'initia-*
« *tive du ministère public, désigne en chambre du con-*
« *seil la mère ou un tiers administrateur pour le rem-*
« *placer.* »

Ce dernier alinéa s'applique, on le voit, au cas d'excuse comme au cas d'exclusion ou de destitution de l'administration légale. Il est en outre remarquaquable que le nouveau texte désigne les personnes qui auraient le droit de prendre les mesures qu'il prévoit dans l'intérêt des mineurs. Ce point pourrait, à l'heure actuelle, soulever quelques difficultés.

Nous approuvons d'ailleurs sans réserves cette nouvelle rédaction de l'art. 389 qui, si elle était acceptée, supprimerait bien des controverses.

29. — Il nous reste, pour terminer le premier chapitre, à examiner une question fort délicate et dont la solution est très controversée. Un donateur ou un testateur peut-il, en faisant une donation ou un legs à un mineur qui a encore ses père et mère, confier à un tiers l'administration du bien donné ou

légué ? En d'autres termes, peut-on déroger à l'art. 389 ; ou bien, au contraire, l'art. 389 conférant au père (ou à la mère) un attribut de la puissance paternelle, pose-t-il une règle à laquelle il est interdit de déroger, de telle sorte que tous les biens personnels de l'enfant, sans distinction, doivent être soumis à l'administration légale ?

Nous inclinons à croire, qu'en principe, un tiers peut valablement mettre cette condition à sa libéralité. L'art. 389 ne fait pas obstacle à ce que le disposant enlève au père l'administration du bien donné ou légué.

L'argument capital qui nous détermine, c'est que l'administration légale, tout en étant un attribut de la puissance paternelle, ne nous apparaît pas avec le même caractère d'impérieuse nécessité qu'emportent avec eux certains autres attributs de cette même puissance. Que l'on ne puisse déroger dans les hypothèses normales aux droits du père sur la personne des enfants, voilà qui est certain. Le droit de garde, le droit de correction, le droit d'émancipation, ajoutons aussi le droit de consentir à son mariage, ce sont là des droits inhérents à la puissance paternelle. Permettre de les enlever au père en dehors du cas de nécessité absolue, ce serait permettre de le priver des attributs essentiels de l'autorité que la loi lui a confiée ; ce serait porter

atteinte à cette autorité elle-même, dont ils constituent pour ainsi dire les éléments vitaux.

En est-il de même des attributs de la puissance paternelle, qui, au lieu de porter sur la personne, portent sur les biens? Non, certainement, en ce qui concerne l'un d'entr'eux, l'usufruit légal (art. 387, *in fine*). — Et en ce qui concerne l'administration légale? Ici le doute est permis, nous en convenons, d'autant plus que la loi qui s'est formellement expliquée relativement à l'usufruit légal, est muette relativement à l'administration légale.

Toutefois, nous pensons que l'art. 387 doit être écarté de cette controverse, car il peut être invoqué de part et d'autre. Il fournit, en effet, un argument *a contrario* à ceux qui refusent au tiers donateur ou testateur le droit d'apposer une telle clause à sa libéralité. Il a fallu ce texte, disent-ils, pour permettre au donateur de déroger à l'art. 384; il en faudrait un autre pour l'autoriser à déroger à l'art. 389. L'y autoriser en vertu de l'article 387, c'est étendre cet article en dehors du cas exceptionnel qu'il prévoit. Mais, d'un autre côté, pour neutraliser cet argument, on observe que la loi, en autorisant le tiers donateur à enlever au père l'usufruit du bien qui fait l'objet de sa libéralité, lui accorde implicitement le droit d'en distraire l'administration, car l'usufruitier a le droit d'administrer les

biens compris dans son droit d'usufruit. Autrement la disposition de l'article 387 n'atteindrait pas le plus souvent le but en vue duquel elle a été écrite. Dès lors, nous sommes autorisés à conclure que, tout en ne se prononçant pas d'uue façon expresse relativement à l'usufruit légal, la loi tranche implicitement la question dans le même sens par rapport à l'administration légale.

Laissons donc l'art. 387 et tenons-nous en aux principes. L'administration du bien donné ou légué peut être enlevée au père, avons-nous dit, parce que ce n'est pas là un de ces attributs de la puissance paternelle sans lesquels celle-ci ne pourrait plus exister. La preuve nous semble facile à fournir. Lorsque le mariage est dissous, l'administration légale disparatt sans doute ; mais, si le droit pour le père (ou la mère) de gérer les biens personnels de l'enfant est un attribut essentiel de la puissance paternelle, s'il ne peut en être distrait, ce droit continuera à appartenir au survivant, que celui-ci soit ou non tuteur de l'enfant! Il en est ainsi, en effet, de ces autres attributs de la puissance paternelle, droits de garde, de correction, que nous avons qualifiés d'essentiels. Ces droits sur la personne de l'enfant sont maintenus sur la tête du survivant, qu'il soit ou non chargé de la tutelle.

Or, il en est différemment de la gestion des biens.

Si la mère survivante refuse la tutelle (art. 394), ou si le père survivant s'en fait dispenser, encore bien que l'un ou l'autre prenne en mains ou conserve l'exercice de la puissance paternelle, c'est-à-dire des droits sur la personne que nous avons mentionnés, néanmoins la gestion du patrimoine de l'enfant passe au tuteur. Donc, les divers attributs de la puissance paternelle, — nous pourrions en dire autant de la puissance maritale, — ne doivent pas être placés sur la même ligne. Nous sommes ainsi autorisés à conclure que la disposition de l'art. 389 n'étant pas d'ordre public, l'administration légale, notamment, ne constitue pas un élément inséparable de la puissance paternelle, et qu'en conséquence la volonté des particuliers peut y déroger au détriment du père ou de la mère, administrateur légal.

Ajoutons d'ailleurs qu'en fait, cette solution est, à tous les points de vue, la meilleure pour l'enfant. Il aura intérêt à ce que le bien donné ou légué échappe à l'administration légale, si le père est un dissipateur ou dans l'impossibilité de gérer d'une façon satisfaisante les biens faisant l'objet de la libéralité. En effet, dans l'opinion contraire, le donateur n'aurait, en l'occurrence, d'option qu'entre deux partis : faire quand même la libéralité et exposer ainsi à la ruine les biens en provenant, ou la réserver par crainte d'une mauvaise gestion. Et la

prudence lui conseillera ce dernier parti. Voilà donc, en ces deux cas, les intérêts du mineur méconnus ou compromis (1).

Du reste, puisque nous permettons à l'auteur de la libéralité de priver le père de l'administration légale des biens compris dans le legs ou la donation, il nous semble conforme aux vues de la loi d'accorder à ce sujet un certain pouvoir discrétionnaire aux tribunaux. A eux de constater si la clause en question a pour but d'amoindrir l'autorité du père sur l'enfant bien plutôt que de sauvegarder les intérêts de celui-ci. Si, en effet, le disposant n'avait en vue que l'humiliation de la puissance paternelle, sans que les intérêts de l'enfant fussent en jeu, il nous paraîtrait peu équitable de valider une pareille clause, laquelle serait à considérer comme blessant l'ordre public (art. 6 C. civ.).

Remarquons, par surplus, que le tiers auquel le disposant confierait l'administration du bien donné, aurait, non pas la qualité de tuteur, mais le titre d'administrateur, de gérant du bien donné. L'article 390 s'oppose à l'ouverture de toute tutelle tant que dure le mariage. Cette solution s'impose;

1. Voir en ce sens Demol., tom. VI, n° 458 ; Aubry et Rau, § 123, texte et note 15; — Dalloz, 1864, 2, 165.—En sens contraire, Demante, tome II, n° 233 bis, III; Laurent, *Principes du droit civil.*

mais elle est fâcheuse, car les considérations qui justifient l'art. 389 ne se retrouvent plus ici. La loi n'est pas tenue d'avoir, dans la gestion d'un administrateur choisi par le disposant, la même confiance qu'elle a dans la gestion du père assisté de la mère. Le danger est d'autant plus grand que ce tiers n'étant pas tuteur, la garantie de l'hypothèque légale n'existe pas au profit de l'enfant. Néanmoins, même en législation, il ne nous semblerait pas que cette considération dut l'emporter sur les avantages de la solution que nous avons adoptée, et qu'elle dut conduire à décider que l'administration du bien légué ou donné ne peut être enlevé au père. Le projet de loi du 26 novembre 1881 ne touche pas cette question. S'il était voté, la controverse demeurerait entière.

30. — Jusqu'ici nous avons toujours supposé l'administration entre les mains du père ou de la mère légitimes. En effet, à ne considérer que les expressions du texte, art 389 : « Le père est *durant le mariage*...., » art. 390 : « *Après la dissolution du mariage*..., » il n'est guère permis de croire que les père et mère naturels peuvent avoir l'administration légale des biens de leurs enfants mineurs légalement reconnus.

Le doute est d'autant moins possible que cette administration est exorbitante du droit commun, et,

qu'en conséquence, il faudrait un texte pour en autoriser l'application en dehors des cas spécialement prévus par la loi.

Dans une doctrine opposée, on fait valoir que bien des textes supposant le mariage sont cependant appliqués aux enfants naturels, notamment les art. 203, 373 du Code civil.

L'administration légale, dit-on, n'est en vérité qu'un attribut de la puissance paternelle. C'est bien plutôt un devoir de nature, consacré par la loi, qu'un véritable droit dont le père ou la mère naturels ne sauraient se prévaloir sans un texte formel. Comme les parents légitimes, ils doivent nourrir, entretenir et élever leurs enfants légalement reconnus, parce que ce sont là des conséquences de droit naturel. De même, sans s'inquiéter de savoir si le mariage existe ou non, personne ne dénie aux père et mère naturels le droit d'autorité sur leurs enfants mineurs et par cela même le droit d'éducation.

De ce dernier ne peut-on pas déduire logiquement, comme une conséquence, le droit d'administrer leurs biens qui apparaît sous la forme d'un attribut de la puissance paternelle au même titre que le droit d'autorité. Celui-ci porte, il est vrai, sur la personne de l'enfant mineur et celui-là sur ses biens. Mais, puisqu'il n'y a pas de texte réglant leur condition d'exercice quant aux enfants natu-

rels légalement reconnus, la raison de les distinguer ne peut être qu'arbitraire (1).

Les partisans de cette doctrine observent en outre que la tutelle est inutile, parce que les conflits d'intérêts entre le père naturel et l'enfant sont peu nombreux ; qu'en tout cas un tuteur *ad hoc* saurait y pourvoir le cas échéant. Ils ajoutent enfin, et l'argument nous touche davantage, que la tutelle ne s'ouvre qu'au décès du père ou de la mère, et que ce n'est pas le cas pour l'interprète de créer une tutelle spéciale en dehors des textes, alors surtout qu'il y a un texte pour exclure la tutelle tant que vivent les père et mère (2).

Certes, il faut convenir que ces raisons ont une grande force, mais elles ne sauraient prévaloir contre l'argument de texte que nous avons tout d'abord mis en lumière. Au surplus, qu'on se souvienne qu'à la base de l'administration légale se trouve une triple garantie tirée par le législateur de l'étude psychologique des motifs qui ont dicté l'article 389. Cette garantie consiste à la fois dans l'affection paternelle, dans la sollicitude maternelle et dans l'amour conjugal. Ces garanties morales peuvent être considérées comme n'existant pas au même degré en dehors du mariage ; l'affection des parents ne se

1. Laurent, § 359, t. IV.
2. Laurent, t. IV, § 413.

retrouve plus avec assez de certitude pour nous permettre d'accorder au père naturel une administration que la loi ne délègue expressément qu'au père légitime.

Pour les enfants naturels, la tutelle s'ouvre donc du jour où ils acquièrent un patrimoine propre, sauf à déterminer par qui sera nommé le tuteur.

31. — Enfin, même dans le cas où il s'agit d'enfants légitimes, l'administration légale, attribut de la puissance paternelle, disparaît en même temps que cette puissance, par l'émancipation de l'enfant. Bien mieux, l'administration légale n'appartient plus, comme à Rome, au père, tant qu'il vit et quel que soit l'âge des enfants. Elle s'éteint avec la majorité. Nous savons que c'est là une différence entre l'administration légale et l'usufruit légal (art. 384), celui-ci n'existant au profit du père ou de la mère qu'autant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans.

La dissolution du mariage met également fin à l'administration légale (1).

32. — Qu'il en soit ainsi de la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, cela est d'évidence. Mais que décider en cas de divorce ? La loi du 27 juillet 1884, qui rétablit le divorce, a-t-elle

1. Aubry et Rau, 123.

introduit une nouvelle cause de cessation de l'administration légale ?

A s'en tenir au texte de l'art. 389 la réponse paraît logiquement s'imposer : La durée de l'administration légale se confond avec celle du mariage ; or, le mariage est dissous par le divorce ; donc, après le divorce, plus d'administration légale ?

La pensée qui a dicté l'art. 389, semble confirmer cette solution.

Les motifs de confiance qui rendent très rationnelle l'administration du père, durant le mariage, font ici défaut. La mère n'est plus en situation de surveiller cette administration, de remplir, en quelque sorte, le rôle de subrogé-tuteur, et de prêter un concours virtuel à la gestion du père.

Cependant, nous croyons préférable de décider, qu'en principe, la dissolution du mariage par le divorce laisse subsister l'administration légale. Sans doute le divorce brise les liens qui unissent les époux ; mais la puissance paternelle n'en est pas moins maintenue, sauf les restrictions exceptionnellement formulées par la loi, en manière de peine, envers l'époux à l'encontre duquel le divorce est obtenu.

Il semble que, par rapport aux enfants, soit en ce qui touche leurs droits, soit en ce qui touche leurs obligations, le législateur ait voulu régler leur si-

tuation comme si le mariage existait encore; sauf bien entendu, les diverses mesures de précaution qu'il a cru devoir prendre. Ainsi, notamment, il n'est pas question d'ouverture de la tutelle. Et cependant si l'administration légale prenait fin par le divorce il faudrait bien songer à organiser la tutelle (art. 390). Il n'y a donc pas lieu d'assimiler, au point de vue spécial qui nous occupe, la dissolution du mariage, résultat du divorce, à la dissolution du mariage, résultat du décès de l'un des époux.

Dans ces conditions, il nous semble conforme au vœu de la loi de laisser subsister l'administration légale, même après le divorce des père et mère, jusqu'à l'émancipation des enfants ou leur majorité.

Mais, remarquons-le bien, le divorce peut apporter des modifications dans l'application de l'article 389. Il peut se faire que le titutaire de l'administration légale ne soit plus le même. Nous pensons en effet que la décision de l'art. 302 relative au droit de garde sur la personne de l'enfant, est applicable à l'administration légale, autre attribut de la puissance paternelle sur les biens de l'enfant.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si la disposition de l'art. 302 doit s'étendre à tous les attributs dont se compose l'autorité paternelle. C'est là un point très délicat. Mais en ne nous préoccupant que de l'administration lé-

gale, la proposition que nous venons d'émettre nous paraît difficilement contestable. Il y a un *a fortiori* manifeste.

S'il en est ainsi, l'administration légale appartiendra, en principe, conformément à l'art. 302, à l'époux qui aura obtenu le divorce. Si c'est le père de l'enfant, rien ne sera changé; et, comme il n'est pas alors déchu de l'usufruit légal (art. 386), il continuera sous le bénéfice de l'art. 384 à jouir des biens personnels de son enfant et à les administrer.

Que si, au contraire, c'est la mère qui a obtenu le divorce, il convient de lui attribuer l'administration légale, sous réserve d'examiner, en ce qui la concerne, si elle a droit à l'usufruit légal dont le père est déchu (art. 386). Alors, en effet, que la société conjugale est ainsi dissoute, celui des époux qui obtient le divorce devient, à l'égard des enfants, le véritable chef de la famille.

Exceptionnellement la garde de l'enfant pourrait être confiée par le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ou à une tierce personne. Nous en dirons autant du droit d'administration légale, appliquant toujours en cela l'idée que nous avons exposée plus haut. Un tiers pourra donc être investi de l'administration légale. Mais comment s'en étonner, si l'on songe que la garde de l'enfant,

attribut de la puissance paternelle beaucoup plus essentiel et plus précieux que l'administration légale, peut appartenir à ce même tiers. Du reste, il convient de rappeler avec l'art. 303 que : « Quelle « que soit la personne à laquelle les enfants seront « confiés, les père et mère conserveront respective- « ment le droit de surveiller l'entretien et l'éduca- « tion de leurs enfants, et seront tenus d'y contri- « buer en proportion de leurs facultés. »

Toutes ces solutions nous paraissent être celles de la loi ; mais son laconisme sur des points aussi délicats est regrettable. Plutôt que de prononcer sur une question spéciale, le législateur aurait dû poser le principe, laissant à l'interprète le soin d'en dégager les conséquences.

De plus, il eut peut-être été préférable, en législation, de décider que la dissolution du mariage par le divorce donnerait lieu à l'ouverture de la tutelle, le père ou la mère, suivant le cas, conservant les droits de la puissance paternelle sur la personne des enfants. Les intérêts pécuniaires de ceux-ci eussent été ainsi mieux sauvegardés. D'une part, en effet, suivant la remarque que nous en avons faite, la gestion du père ou de la mère ne peut plus inspirer la même confiance ; et, d'autre part, les pouvoirs du père administrateur légal étant très mal définis, il y a lieu de craindre qu'il n'abuse de sa gestion pour

en tirer un profit personnel. au grand détriment des intérêts de son enfant. L'ouverture de la tutelle eut conjuré ces dangers.

Quant à savoir si l'administration légale existe après le jugement qui prononce la séparation de corps, c'est à peine si la question se pose. Sans rechercher s'il y a lieu d'appliquer par analogie les art. 302 et 303 du Code civil, qui envisagent les droits de puissance paternelle par rapport à la personne des enfants, nous considérons que le tribunal aura le pouvoir d'apprécier si le père est digne du mandat dont l'art. 389 l'investit, nous souvenant que le législateur le lui a donné tout autant par confiance dans l'affection paternelle qu'en prévision du cas où la sollicitude maternelle pourra s'exercer efficacement.

Pour surplus, nous nous reportons à ce que nous avons dit sur l'application de l'art. 444, § 26 et suivants.

CHAPITRE II.

FONCTIONNEMENT DE L'ADMINISTRATION LÉGALE.

33. — C'est la partie la plus délicate de notre exposition, et aussi la plus controversée. D'ailleurs, les questions qui s'y posent sont assurément les plus fréquentes dans la pratique.

En effet, il est heureusement assez rare que l'on en soit réduit à enlever au père l'administration légale, à raison de l'incapacité ou de l'infidélité de sa gestion. De même, c'est exceptionnellement que le tiers qui veut faire une libéralité à l'enfant, y met pour condition que le père n'aura pas l'administration du bien donné. Tout au contraire, lorsqu'il s'agit de délimiter les pouvoirs du père et de préciser ses obligations, les questions ne s'offrent plus comme des cas accidentels ; elles font, pour ainsi dire, partie intégrante de l'administration légale et se rattachent intimement à son fonctionnement. Nous les rencontrerons dans toute administration légale ; la première question qui se pose, quand il s'agit pour

le père d'user des pouvoirs d'administrateur qu'il tient de la loi, étant de savoir quelle est l'étendue de ses pouvoirs.

Ainsi apparait l'importance prépondérante de cette partie de notre sujet.

34. — Dans le plan que nous avons adopté sur l'ensemble de la matière, nous avons choisi l'ordre que nous eussions suivi si nous avions eu à traiter de la tutelle. On a pu voir dans le chapitre précédent, qu'il est impossible d'étudier l'administration légale en l'isolant de la tutelle, et que le mieux est de procéder par voie de comparaison. Mais c'est surtout ici que le rapprochement s'impose.

Or, quand on veut déterminer les pouvoirs du tuteur, on s'aperçoit qu'ils sont soumis à une triple limitation.

A. — D'abord le tuteur doit subir, dans sa gestion, le contrôle du subrogé-tuteur et du Conseil de famille.

B. — Le tuteur est astreint lors de son entrée en fonctions à des obligations spéciales énumérées par les art. 451 à 456 du Code civil. De plus, l'art. 450, troisième alinéa, le frappe d'une certaine incapacité relative dans ses rapports avec le pupille.

C. — Enfin, il n'est pas permis au tuteur, dans le cours de sa gestion, de faire seul, indifféremment toutes sortes d'actes.

Convient-il donc, dans le silence du texte, d'apporter les mêmes limitations aux pouvoirs du père de famille, administrateur légal? Sera-t-il tenu des mêmes obligations spéciales; ses pouvoirs subiront-ils les mêmes restrictions?

Telles sont les questions que nous allons examiner dans ce chapitre, en suivant l'ordre que nous venons d'indiquer.

35. — Mais avant d'aller plus loin il est utile de faire connaître la grande règle d'interprétation que nons comptons suivre. Elle nous guidera dans l'examendes graves difficultés qu'il nous faudra résoudre.

Nous pensons qu'il y a lieu de faire l'application à l'administration légale des règles de la tutelle qui, d'une part, ne sont pas contraires au droit commun, et de l'autre, ne présentent pas un caractère exceptionnel en contradiction avec les principes spéciaux de l'administration légale. Cette solution nous semble commandée par la place qu'occupe l'art. 389 et aussi par le laconisme du texte. Et, comme il y a là deux situations, non pas identiques, mais présentant entr'elles des analogies sérieuses, il convient, dans la mesure que nous venons d'indiquer, de réglementer l'une par les textes qui réglementent l'autre.

Mais, quant aux mesures d'exception, aux règles spéciales à la tutelle, il faut se garder de les éten-

dre à l'administration légale. Aucun texte n'autorise cette extension ; et la place occupée par l'art. 389, qui se trouve enclavé dans le titre de la tutelle, n'est pas suffisante par elle-même pour justifier l'application, à l'administration, des règles qui ont un caractère d'exception et ne sont textuellement écrites qu'en vue de la tutelle (1).

D'ailleurs, ces principes d'interprétation sont eux-mêmes dominés par les considérations qui ont motivé l'adoption par le législateur de la disposition de l'art. 389. Nous savons, en effet, que la gestion du père de famille est une gestion de confiance qui doit tendre à la protection des intérêts de l'enfant. Nous ne perdrons pas de vue cette double idée lorsqu'il s'agira d'appliquer le principe d'interprétation que nous venons de poser.

36. — Abordons maintenant les points que nous avons signalés plus haut.

A. — Le père, administrateur légal, doit-il subir dans sa gestion le contrôle du subrogé-tuteur et du conseil de famille ? — Nous n'hésitons pas à répondre négativement sur cette première question. D'ailleurs, nous ne sommes point ici réduits à nos propres forces pour découvrir la pensée du législateur. Elle s'est manifestée très formellement, en ce sens, dans les travaux préparatoires. Nous nous con-

1. Demol., tome VI, nº 417.

tenterons de renvoyer au passage des travaux préparatoires que nous avons déjà cité (1).

37. — De plus, et pour parler d'abord du subrogé-tuteur, pour que la subrogée-tutelle existe, il faut, comme le mot l'indique par lui-même, que l'on soit en présence d'une tutelle (art. 420). Or, nous savons que l'administration légale et la tutelle sont deux institutions différentes qu'il convient de distinguer soigneusement. Celle-là n'équivaut pas à celle-ci ; et si nous ne sommes pas dans l'hypothèse d'une tutelle, il ne peut être question de confier à un subrogé-tuteur le soin de surveiller la gestion du père.

Ajoutons que dans l'hypothèse normale, c'est-à-dire lorsque ce sera le père qui administrera les biens de l'enfant, l'affection de la mère et le souci qu'elle a des intérêts de son enfant, suppléeront dans une large mesure à l'absence du subrogé-tuteur.

Comme conséquence de cette solution, nous déciderons, avec la jurisprudence, que l'art. 444 du Code de procédure civile reste sans application pour les mineurs placés sous l'administration légale. Pour faire courir contre l'enfant le délai d'appel, il suffira de signifier le jugement au père puisque nous n'avons pas ici de subrogé-tuteur (2).

1. Locré, *Législ. civile*, tome VII, p. 225.
2. Cass., 4 juillet 1842 (D. Rép. V° *Appel*, n° 980).

Toutefois, il peut y avoir nécessité à ce qu'un acte juridique soit passé entre le père et l'enfant, afin de régler entr'eux des intérêts opposés, par exemple : une contestation judiciaire, ou lorsqu'ils sont appelés ensemble à la même succession.

Bien évidemment, le père ne saurait jouer les deux rôles, et figurer à l'acte à la fois pour son propre compte et pour celui de son enfant. Il y aura donc lieu de faire nommer un représentant spécial qui défendra momentanément les intérêts du mineur, à l'encontre du père.

Mais, d'accord sur la nécessité de cette solution, les auteurs et la jurisprudence se divisent sur le point de savoir quel nom doit être donné à ce représentant, et qui, du conseil de famille ou du tribunal, aura le soin de cette nomination.

Nous le qualifierons plus volontiers d'administrateur *ad hoc*, observant qu'il exerce, en la circonstance, le mandat de l'administrateur empêché, qu'il tient sa place avec les mêmes droits et les mêmes obligations. D'aucuns l'appellent, un subrogé-tuteur *ad hoc* (Duranton, III, 415), d'autres le nomment curateur (Magnin, I, 115 et 116) ; mais on le désigne plus généralement dans la doctrine, par analogie de l'art. 318 du Code civil, sous la dénomination de tuteur *ad hoc*.

Bien qu'au fond le nom importe peu, cette der-

nière appellation nous parait défectueuse, par la raison déjà émise qu'il n'y a pas lieu à tutelle durant le mariage, pas plus à tutelle *ad hoc* qu'à tutelle véritable. Et cette observation a son importance, car, le cas échéant, il ne saurait être question d'adjoindre un subrogé-tuteur à un administrateur *ad hoc* (1).

Un autre avantage de notre opinion, c'est qu'ainsi ne se pose pas la question de savoir si les biens de ce représentant sont grevés ou non de l'hypothèque établie par la loi sur les biens du tuteur.

38. — Selon nous, cette nomination devrait être faite par le tribunal, puisque nous admettons plus loin cette opinion radicale qu'il n'y a jamais lieu à la formation, à la convocation et à la réunion d'un conseil de famille, pour quelque cause que ce soit, dans le cours de l'administration légale.

Cependant, on objecte que dans l'économie du Code (art. 426 et suiv.), le droit de nomination appartient au conseil de famille, parce que, seul, il est en mesure de désigner la personne qui, d'après le caractère de ses relations avec le père de famille ou avec la famille elle-même, peut utilement remplir les fonctions d'administrateur spécial. — Les partisans de ce système prétendent, en outre, que

1. Cass. 14 janvier 1878. — *Contrà*, Bordeaux, 19 mars 1875; Poitiers, 4 juin 1884.

reconnaître ce droit au tribunal, ce serait lui permettre d'initier aux affaires de famille des personnes étrangères à ces familles, et le mettre ainsi dans l'alternative, soit d'accepter un choix proposé par des intéressés et ne présentant plus dès lors de garanties suffisantes, ou d'imposer arbitrairement une charge civique.

A ces considérations ils ajoutent cette raison plus générale, qu'en cas de silence de la loi et lorsque des analogies se rencontrent, il faut chercher la solution au titre de la tutelle. Puis, rapprochant les articles 121 du Code civil et 968 du Code de procédure civile, ils concluent que la marche suivie par ces deux articles s'impose virtuellement à la nomination d'un administrateur *ad hoc*, sa mission étant la même, tendant aux mêmes fins que celle du tuteur, et, qu'en conséquence, il y a lieu de procéder pour l'un comme pour l'autre (1).

Mais cette argumentation spécieuse perd toute valeur si l'on considère que le Conseil de famille n'est organisé qu'en matière de tutelle, que c'est là une institution qui lui est toute spéciale et qui n'a pas son principe dans le droit commun. Dès lors, une fois admis que l'administration légale diffère de la tutelle, il convient de réserver à celle-ci une institu-

1. Douai, 5 juillet 1878 (Sirey, 80, 2, 8).

tion qui lui est propre. Nous ne faisons, en cela, qu'appliquer le principe d'interprétation que nous avons posé.

Nous pouvons, en outre, faire remarquer que la loi a suffisamment confiance dans l'affection commune des père et mère pour leurs enfants, sans qu'il soit besoin de placer à côté d'eux, de leur adjoindre un Conseil de famille chargé de contrôler leur gestion. Cette sujétion eût été humiliante pour le père de famille. Elle eut été, au surplus, en contradiction avec les sentiments hautement manifestés par le législateur, puisque, au moment même où il témoignait aux père et mère sa confiance, il aurait ainsi pris contre eux une mesure de défiance offensante pour leur dignité. Mieux eût value ouvrir de suite la tutelle que d'admettre la coexistence d'un Conseil de famille pendant la durée de l'administration légale.

Le législateur l'a compris, et les observations présentées à ce sujet par le Tribunat ne peuvent guère laisser de doute sur ses intentions. Il ne faut pas, déclare-t-il, que le père soit placé « *sous la dépendance d'un conseil de famille.* » Les rédacteurs du Code prennent donc la peine de se prononcer eux-mêmes sur la question.

39. — Bien que de ces déductions quelques-unes soient contestées, et surtout la dernière, on

en peut néanmoins conclure que : 1° l'administration du père de famillle est exemptée du contrôle général du conseil de famille. Ce point est universellement accepté (1) ;

2° S'il y a lieu d'enlever au père l'administration légale, ce n'est pas au conseil de famille que revient ce soin. C'est une solution que nous avons admise par avance, lorsque nous avons reconnu aux tribunaux seuls le droit de déclarer le père déchu de l'administration légale, sur la demande des parties intéressées, qui devront s'adresser directement à la justice. Nous écartons donc en notre matière l'application de l'article 446 du Code civil ;

3° Il ne peut même pas être question de l'intervention du conseil de famille à l'effet d'autoriser le père à passer certains actes qu'il n'aurait pas le droit de faire seul.

Toutefois, cette dernière proposition est rejetée par la plupart des auteurs. La doctrine décide généralement qu'il faut alors recourir à l'intervention d'un conseil de famille pour habiliter le père à accomplir les actes en question. Voici quels arguments on fait valoir.

Si l'on admet ce rôle, modeste d'ailleurs, du conseil de famille, le règlement des difficultés que

1. Demol. tome VI, n° 423; Aubry et Rau, § 123, texte et note 9, 21, 22.

soulève la délimitation des pouvoirs du père se fera beaucoup plus aisément. L'analogie avec la tutelle sera d'autant plus grande. On évitera des complications.

De plus, dit-on, la pensée du Tribunat ne peut avoir la généralité qu'on lui prête. Le texte primitif vient l'éclairer et la limiter. L'art. 389 se terminait en effet, dans une première rédaction, par le paragraphe suivant : « *Tout ce qui intéresse la propriété* « *des biens sera réglé par la section VIII* ». Cet alinéa a été supprimé, il est vrai, mais pourquoi ? Parce que le législateur a craint sans doute que, prenant texte de la généralité de sa rédaction, on ne voulut appliquer sans distinction à l'administration légale, toutes les dispositions contenues dans la section VIII. Mais malgré cette suppression, cet alinéa montre bien que le Tribunat, au moment où il déclarait que le père ne pouvait être placé sous la dépendance d'un conseil de famille, n'entendait pas exclure, dans tous les cas, l'intervention du conseil de famille. Le texte qu'il proposait en fait foi (1).

Nous repoussons cette manière de voir. On prétend que si l'alinéa 3 n'a pas été maintenu dans la rédaction définitive, c'est dans la crainte que l'on ne fût porté à assimiler complètement l'administra-

1. Demol., tome VI, nos 423, 445 et 446 ; — Aubry et Rau, § 123 texte et note 8.

tion légale à la tutelle ! Cela est possible ; mais nous n'en trouvons pas la preuve dans les travaux préparatoires. Il peut se faire tout aussi bien que l'alinéa ait été supprimé parce qu'il était en contradiction manifeste avec la pensée exprimée par le Tribunat. Dans tous les cas, ce texte n'existe plus ; et, puisqu'on ignore les causes de sa suppression, il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

Nous restons donc en présence des observations si nettes et si précises présentées par le Tribunat. Il ne faut pas que le père se trouve placé « *sous la* « *dépendance d'un conseil de famille.* »

Ces observations ont une portée absolue ; il n'y est apporté aucune restriction. Dès lors qu'on se fonde principalement sur les travaux préparatoires pour décider qu'il n'y a pas lieu au contrôle général du conseil de famille pendant le cours de l'administration légale, il nous semble difficile de faire la distinction que l'on propose et d'accepter, pour le cas dont nous nous occupons, l'intervention du conseil de famille.

Ce ne sont pas seulement les travaux préparatoires qui nous ont conduit à rejeter, en principe, en notre matière, l'organisation d'un conseil de famille. Il y a un motif du texte que nous avons reproduit avec tous les auteurs : le conseil de famille étant une institution spéciale, ne doit exister que

dans l'hypothèse prévue par la loi. Or, la loi ne l'établit expressément que pour le cas de tutelle (1).

Cette solution se recommande même en législation. Nous savons, en effet, que le projet de loi du 26 novembre 1881 écarte l'intervention d'un conseil de famille en notre matière et n'exige que l'autorisation de justice pour les actes excédant l'administration.

« Pendant l'administration légale, nous dit l'au-
« teur du projet, il n'existe pas de conseil de fa-
« mille. Le fonctionnement de ce conseil n'a été
« prévu par la loi qu'en cas de tutelle.

« Il était d'autant moins nécessaire de rien inno-
« ver sur ce point, qu'il importe de simplifier les
« formalités imposées au père de famille. »

Ces considérations nous paraissent en tous points exactes.

40. — B. Le père, administrateur légal, est-il astreint, lors de son entrée en fonctions, aux obligations qui sont imposées au tuteur par les art. 451 à 456 du Code civil ? L'art. 450, 3e al., lui est-il applicable ?

Nous allons encore avoir besoin de recourir à la règle d'interprétation que nous avons posée. Parmi les dispositions dont il s'agit, quelques-unes, bien

1. De Fréminville. *Traité des minorités*, I, 13.

rares d'ailleurs, ne sont que l'application du droit commun; celles-là il faudra les étendre à l'administration légale. D'autres, ce sont les plus nombreuses, présentent un caractère exceptionnel, il conviendra de les écarter.

41. — 1° Et d'abord, pour suivre l'ordre des textes, l'art. 451 nous paraît contenir une disposition de droit commun lorsqu'il exige du tuteur qu'il fasse procéder à l'inventaire du mobilier du mineur. L'obligation de faire inventaire se retrouve, en effet, toutes les fois qu'on administre les biens d'autrui (art. 126, 451, 600). Notamment, elle est imposée au mari, dont la situation se rapproche beaucoup de la nôtre (art. 1414, 1442 et 1504, Code civil).

Et d'ailleurs, il est aisé de comprendre pourquoi la loi requiert alors cette formalité. Un administrateur doit le plus souvent rendre compte de sa gestion, à l'expiration de son mandat. Il doit, dans tous les cas, restituer les biens sur lesquels a porté sa gestion. Il est donc indispensable qu'il fasse connaître les biens mobiliers afin qu'il ne puisse se soustraire, ne fut-ce que partiellement, à son obligation de les restituer.

Or, ces différents motifs ont une égale force à l'égard du père. C'est un administrateur, il doit rendre compte de sa gestion et restituer les biens lorsque ses pouvoirs prendront fin. Cela suffit pour lui imposer l'obligation de faire inventaire.

Mais nous n'irions pas plus loin dans l'application de l'art. 451 à notre matière.

C'est ainsi qu'il ne peut être question, pour le père, de faire procéder à l'inventaire en présence du subrogé-tuteur, la subrogée-tutelle n'existant pas ici.

C'est ainsi également, que le père, administrateur légal, qui aurait omis de déclarer dans l'inventaire la créance qui lui appartient contre l'enfant, n'encourrait pas la déchéance prononcée par le 2e al. de l'art. 451. C'est là une disposition exorbitante du droit commun, qu'il faut, comme tous les textes prononçant une déchéance, soigneusement limiter au cas pour lequel elle a été édictée.

42. — Il peut arriver que le père, n'exécutant pas l'obligation à laquelle nous venons de le déclarer tenu, ne dresse pas l'inventaire des biens de l'enfant. Quelles sont les conséquences de ce défaut d'inventaire ?

A coup sûr, nous ne pouvons pas songer à lui appliquer, dans le cas où il aurait également l'usufruit légal de ces mêmes biens, la disposition tout-à-fait exceptionnelle de l'art. 1442, 2e alin., et le déclarer déchu de son usufruit légal. Dans l'hypothèse de l'art. 1442, il s'agit d'un inventaire dressé après le décès de l'un des époux. Ici, il s'agit au contraire d'un inventaire dressé du vivant des deux

époux. La situation n'est pas la même, et l'article 1442 doit être mis de côté.

Dès lors, nous ne voyons qu'une sanction possible du défaut d'inventaire. L'enfant, à l'expiration de l'administration légale, pourra établir la consistance du mobilier non inventorié par tous les modes de preuve, même par commune renommée (art. 1415, 1442, al. 1 et 1504, al. 3) (1).

43. — 2° Quant aux art. 452 à 456 inclusivement, nous pensons qu'ils ne sont applicables en aucune façon au père administrateur légal, lequel est affranchi des obligations spéciales imposées par ces textes au tuteur.

En conséquence, nous déciderons que le père n'est pas tenu de faire vendre les meubles de l'enfant (art. 452). C'est la solution que donne le premier alinéa de l'art. 453 dans l'hypothèse spéciale où la tutelle se trouvant entre les mains du père ou de la mère survivant (art. 453 rapproché de l'art. 452), le droit de jouissance légale existe encore à son profit. Ce texte n'étant pas applicable, suivant nous, au père administrateur légal, nous généralisons la solution et nous accordons au père, qu'il ait ou non le droit de jouir des biens de l'enfant, la dispense de faire vendre le mobilier sans qu'il ait besoin pour

1. Demol. Tome VI, nos 433, 434 et 435 ; — Aubry et Rau, § 123, notes 24 à 27.

cela d'une autorisation du conseil de famille, et sans qu'il ait à se conformer aux prescriptions du deuxième alinéa de l'art. 453. Ce sont là des textes exceptionnels qu'on ne peut étendre par analogie d'un cas à un autre.

Nous en disons autant des art. 454 à 456. Cela est certain pour l'alinéa premier de l'art. 454. Il ne serait pas applicable, le texte le dit formellement, au père survivant (ou à la mère) chargé de la tutelle, à plus forte raison au père administrateur légal.

Mais il en serait également ainsi du deuxième alinéa de l'art. 454 et des art. 455 et 456, quand bien même on n'admettrait pas que ces articles sont étrangers à la tutelle des père et mère.

En effet, ces textes sont, en partie, la conséquence de ce que la gestion du tuteur s'effectue sous le contrôle du conseil de famille. Or, ce contrôle fait ici défaut.

De plus, en prescrivant au tuteur l'emploi des revenus jusqu'à concurrence de la somme fixée par le Conseil de famille (art. 455), ou à défaut de cette fixation l'emploi de toute somme quelque modique qu'elle soit (art. 456). et en établissant un délai à partir duquel le tuteur devra, faute d'emploi, les intérêts de plein droit, la loi déroge à la règle de droit commun écrite dans l'art. 1153, d'après laquelle les

intérêts dûs à raison du retard apporté dans l'exécution de l'obligation ne courent pas de plein droit, sauf dans les cas exceptionnels et expressément déterminés par la loi. Comme nous nous trouvons précisément dans un de ces cas exceptionnels, il n'y a lieu d'appliquer à l'administration légale les textes en question.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que le père, tenu d'administrer en bon père de famille, comme nous le verrons dans l'art. 460 al. 2, doit exécuter le mandat dont il est chargé, sous peine d'encourir des dommages-intérêts (art. 1991 et aussi 450, 2e al.). — Or, l'obligation pour le père de faire emploi de l'excédant des revenus sur les dépenses de l'enfant, lorsqu'il n'a pas l'usufruit légal, rentre certainement dans les termes du mandat. Donc, que si par négligence le père avait laissé ces capitaux improductifs, il n'aurait pas rempli selon le vœu de la loi le mandat qu'elle lui a confié, et, en conséquence, serait tenu de dommages-intérêts représentant les intérêts des sommes dont il a négligé de faire emploi.

En vain le père invoquerait-il la disposition de l'art. 1996 pour se soustraire à l'obligation de payer les intérêts des sommes qu'il n'aurait pas consacrées à son usage ! Ce texte ne peut prévaloir contre la solution que nous venons de déduire du rappro-

chement des art. 450 2e al. et 1991 C. civ. Ces articles ne laissent pas de doute sur l'obligation qui incombe au père de faire fructifier les capitaux disponibles, et par suite, de réparer le préjudice résultant de l'inexécution de cette obligation. Bien entendu, il n'appartiendrait qu'aux tribunaux de condamner le père aux dommages-intérêts en question, et seulement pour le cas de négligence, si le défaut d'emploi lui est imputable. Il en serait différemment dans les hypothèses des art. 455 et 456. Ces articles posent une règle absolue et présument en quelque sorte la négligence du tuteur, lorsqu'il a laissé passer le délai qui lui est imparti par ces textes pour faire emploi des revenus du mineur.

Les observations que nous venons de présenter sur les art. 455 et 456, conduiraient à la même solution en se qui concerne l'article 6 de la loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières du mineur. Ce texte appartient, en effet, au même ordre d'idées que les art. 455 et 456, qu'il est venu modifier dans une certaine mesure (1).

44. — 3° Enfin, que faut-il décider en ce qui concerne le 3e alinéa de l'art. 450 ? Il interdit au tuteur soit de prendre à ferme, soit d'acheter les biens du mineur, sans autorisation du conseil de famille. Il

(1) Demol. Tome VI nos 436 et 437. Aubry et Rau § 123. Texte et notes 21, 22, 23 et 40.

lui fait aussi défense absolue d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. Ces prohibitions s'adressent-elles au père administrateur légal ?

Nous ne le pensons pas pour ce motif général que, d'après le droit commun, si l'art. 450 3e al. n'existait pas, le père aurait toute liberté de régler à sa guise les rapports qui peuvent s'établir entre lui et son enfant, en dehors de sa gestion. C'est une considération suffisante pour que nous soyons autorisés à rejeter l'application du 3e alin. de l'art. 450 au père administrateur légal. Les textes exceptionnels de la tutelle doivent s'interpréter restrictivement.

D'ailleurs, tout le monde est d'accord pour reconnaître au père le droit de prendre à bail les biens de son fils. Toutefois, comme il ne peut traiter directement avec celui-ci, il s'adressera au tribunal à l'effet d'obtenir la nomination d'un administrateur *ad hoc* qui sera chargé de représenter l'enfant et de passer le bail en son nom. Nous avons admis qu'il n'existe pas de conseil de famille en notre matière. C'est donc au tribunal que revient la mission qui appartiendrait, en cas de tutelle, au conseil de famille.

Non plus, il n'a pas été émis de doutes bien sérieux relativement à la faculté que nous reconnaissons au père de se rendre cessionnaire d'une créance

contre l'enfant. S'il en est autrement pour le tuteur, c'est que la loi n'a pas en lui la même confiance que dans le père.

Mais l'hypothèse où le père se porterait acquéreur des biens de son entant a soulevé plus de difficultés. Pour appliquer, dans ce cas, à l'administration légale la disposition de l'art. 450, al. 3e, on a fait valoir l'argument suivant : le père peut être chargé de vendre les biens du mineur ; ce mandat qui lui est éventuellement confié se trouve compris dans son mandat général. Or, aux termes de l'art. 1596, 3e alin., les mandataires ne peuvent se rendre acquéreurs des biens qu'ils sont chargés de vendre. Sur ce point, l'art. 450, 3e al., n'est donc que la reproduction du droit commun; il s'ensuit qu'il doit être appliqué au père administrateur (1).

L'objection n'est que spécieuse. Que si nous autorisons le père à acheter les biens de l'enfant, nous y mettons pour condition, comme dans les deux hypothèses précédentes, qu'il aura fait nommer par le tribunal, préalablement à la vente, un administrateur *ad hoc* chargé d'y procéder. Dès lors, le père ne figure plus à la vente en qualité d'administrateur légal, c'est-à-dire de mandataire pouvant être appelé à vendre les biens qu'il se propose d'acquérir, mais en qualité d'étranger, ce qui lui rend inapplicable

1. Demol., tome VI, n° 441.

la disposition du troisième alinéa de l'art. 1596, et lui permet d'invoquer la règle générale écrite dans l'art. 1594 (1).

45. — C. — Enfin, quelle est l'étendue des pouvoirs du père administrateur légal ? Et spécialement au point de vue des restrictions apportées à ses pouvoirs, doit-on lui faire l'application des art. 457 à 467 du Code civil ?

C'est sur ce point que les dissentiments existent plus profonds dans la doctrine et dans la jurisprudence. Ici plus particulièrement, et pour couper court à tant de controverses, se fait sentir le besoin d'une législation nouvelle. Nous verrons quelles mesures sont proposées par le projet du 26 novembre 1881 pour effacer et supprimer, dans l'avenir, les nombreuses divergences d'opinion qui se sont produites, encouragées d'ailleurs par la connivence de l'art. 389.

Il ne faut pas toutefois exagérer les difficultés. Il y a unanimité dans la doctrine et la jurisprudence pour reconnaître au père le droit de faire seul toute cette catégorie d'actes qui rentrent dans les actes de pure administration. Nous ajouterons que non seulement le père a le droit de procéder à ces actes, mais qu'il en a le devoir.

1. Aubry et Rau, § 123. Texte et note 42.

Tels sont notamment les actes interruptifs de prescription, l'inscription et le renouvellement d'inscription des privilèges et hypothèques, la transcription des actes dans le cas où elle est exigée, les réparations d'entretien, les contrats d'assurance contre l'incendie, etc., etc.

46. — La difficulté se concentre donc principalement sur les actes de disposition. Sont-ils interdits, sont-ils permis au père? Et, s'il a le droit de les faire, pourra-t-il les faire de sa propre autorité sans avoir besoin d'une autorisation quelconque? Ou, au contraire, ne devra-t-il pas recourir à une autorisation ? Quel sera, dans ce cas, le pouvoir qui sera chargé de la donner?

Ces questions résument les principales opinions qui se sont produites en cette matière. Nous allons bientôt les passer en revue.

Avant d'entrer dans la controverse, il convient de rappeler l'économie des dispositions de la loi en ce qui concerne les pouvoirs du tuteur.

Tantôt, la loi ne permet au tuteur de faire certains actes qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Mais cette autorisation suffit ; rien de plus n'est exigé. Telles sont les acceptations et répudiations de succession (art. 463) ; l'acceptation des donations faites au mineur (art. 461); l'exercice des actions relatives aux droits immobiliers du mineur, et l'ac-

quiescement à une demande relative à ces mêmes droits (art. 464); enfin, l'exercice de l'action en partage (art. 465).

Tantôt, la loi exige pour des actes qu'elle considère comme étant d'une nature plus grave que les précédents, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal. Il en est ainsi pour les aliénations des biens immobiliers du mineur, les constitutions d'hypothèques sur ces mêmes biens et les emprunts faits pour le compte du mineur (art. 457).

Tantôt aussi, la loi prescrit des mesures spéciales afin d'assurer, relativement à certains actes, une protection complète au mineur. C'est ce qui se produit notamment pour la transaction (art. 467).

Tout ce système de la loi, en matière de tutelle, doit-il être transporté en notre matière de l'administration légale? Ou bien, tout en admettant, en principe, l'analogie, n'y a-t-il pas ici des réserves à faire, et ne convient-il pas de tenir compte, dans les emprunts que l'on fait à la section VIII, du caractère propre de l'administration légale et des intentions du législateur? Ne faudrait-il pas, tout au contraire, repousser toute analogie avec la tutelle et mettre de côté, pour apprécier l'étendue des pouvoirs du père, les dispositions des art. 457 à 467 du Code civil?

47. — Les diverses opinions qui ont été émises sur ce sujet se devinent à ce qui précède. Nous allons les indiquer de suite, afin que l'on puisse avoir une vue d'ensemble de la question.

Premier système. — Le père a des pouvoirs absolus. Aucune autorité ne peut venir limiter ou restreindre ses droits. En un mot, il est omnipotent et pourra administrer la fortune du mineur comme il administrerait la sienne propre, sauf sa responsabilité personnelle.

Deuxième système. — Cette opinion prétend que, sans se préoccuper des règles de la tutelle, il faut traiter le père comme un administrateur ordinaire dont il a les pouvoirs, ni plus ni moins.

Ces deux premiers systèmes, bien que différant profondément l'un de l'autre, se ressemblent par ce côté commun qu'ils excluent tous les deux les règles de la tutelle. Mais ce point de départ admis, ils en tirent des conséquences diamétralement opposées.

Troisième système. — Cette troisième opinion part, au contraire, de l'idée qu'il convient d'utiliser, en notre matière, les règles qui ont été écrites, à ce sujet, en vue de la tutelle. Mais les partisans de ce système se divisent encore entre eux ; les uns appliquant au père administrateur l'ensemble des articles 457 à 467, sans les modifier, les autres voulant tenir compte, dans l'application de ces textes, des règles spéciales

à l'administration légale et notamment de cette circonstance qu'il n'existe pas de conseil de famille pour contrôler la gestion du père. —

On peut, à notre avis, grouper ainsi les opinions diverses qui ont été proposées pour résoudre ce problème délicat de la délimitation des pouvoirs du père de famille.

48. — Avant d'examiner le bien ou le mal fondé de chaque doctrine, il importe de rappeler à nouveau les idées essentielles qui dominent le sujet, notre exposition ne pouvant qu'y gagner en clarté.

Sans doute, la gestion du père est *une gestion de confiance*, et, à ce titre, il semble que le père doit réunir entre ses mains tout au moins les mêmes pouvoirs que le tuteur.

Mais, d'autre part, c'est une gestion qui doit être dirigée en vue de *la protection des intérêts de l'enfant*. Et, à ce point de vue, il ne serait peut-être pas prudent de conférer au père des pouvoirs trop absolus.

Enfin, les observations du Tribunat que nous trouvons rapportées dans les Travaux préparatoires, nous révèlent quelques particularités de l'administration légale. Dans les limitations à apporter aux pouvoirs du père (si toutefois on admet en principe ces limitations), on aurait tort de négliger ces indications précieuses, qui, dans une certaine mesure,

peuvent être de nature à modifier les textes de la tutelle dans leur application à l'administration légale ?

Des opinions que nous venons d'énumérer, voyons celle qui donne la satisfaction la plus complète à ces idées.

49. — Le premier système qui proclame le pouvoir absolu du père et décide que non-seulement il pourra faire seul les actes d'administration, mais encore les actes de disposition même les plus dangereux, tels que les aliénations, les constitutions d'hypothèques, semble avoir été adoptée par un arrêt de la Cour de Montpellier du 30 mars 1859 (Sir. 59, 2, 508). Cet arrêt autorise le père à transiger relativement au patrimoine de son enfant, sans aucune autorisation (*Contrà*, art. 467 C. civ.).

Cette théorie fait une part trop large à l'idée de confiance qui se trouve à la base de l'administration légale. Cette idée, nous l'avons dit, ne doit pas intervenir seule. Elle doit se combiner avec l'idée de protection due à l'enfant. L'une et l'autre viennent se compléter mutuellement et donner ainsi à l'administration légale son véritable sens, sa véritable portée.

Or, dans cette première opinion, on sacrifie entièrement à l'idée de confiance dans le mandat du

père, l'idée de protection des intérêts de l'enfant. Elle n'est donc pas conforme aux saines notions de l'administration légale et n'atteint pas le but que le législateur s'est proposé, ou plutôt elle le dépasse en exagérant l'une des idées qui ont inspiré l'art. 389.

D'ailleurs, si l'on se place au point de vue du texte de l'art. 389, on ne peut éprouver la moindre hésitation à rejeter cette première théorie. Le texte, en effet, donne formellement au père le titre d'administrateur. Or, si dans notre droit, les pouvoirs d'un administrateur, en général, ne sont pas nettement définis, il n'en est pas moins hors de doute que ces expressions n'impliquent nullement un pouvoir absolu, un pouvoir ne comportant aucune restriction.

Il est donc indispensable d'apporter des limitations aux pouvoirs du père ; ce que font, dans un sens ou dans l'autre, les opinions qui vont suivre.

50.—Le second système consiste, nous le savons, à traiter le père comme un administrateur ordinaire. Il aura les pouvoirs d'un administrateur, mais il n'aura que ces pouvoirs. Il ne peut être question de lui appliquer les textes qui ont pour objet spécial de réglementer les pouvoirs du tuteur.

Cette théorie a l'avantage incontestable d'être

plus séduisante que la précédente. Elle a été très énergiquement développée par M. Laurent. Voici les arguments principaux du système de cet auteur.

L'art. 389 qualifie le père *d'administrateur*. Pour compléter cette idée, il ajoute qu'il doit compte, dans tous les cas, de la propriété des biens qu'il administre ; et que, relativement aux biens dont il n'a pas l'usufruit, il doit compte non seulement de la propriété, mais encore de la jouissance de ces biens ; ce qui veut dire qu'il est comptable de sa gestion. Pourquoi ? Parce qu'il est administrateur, et que tout administrateur doit rendre des comptes.

Et si l'on demande aux auteurs qui défendent cette opinion, pour quels motifs ils se refusent à appliquer au père les textes qui tranchent la question relativement au tuteur, ils répondent que cela est impossible en présence des Travaux préparatoires, qui démontrent que, sur beaucoup de points, les règles de la tutelle ne pourraient pas recevoir leur application. C'est ainsi que dans le cas de l'administration légale, il n'existe pas de conseil de famille. Or, dans les textes de la tutelle qui ont trait aux pouvoirs du tuteur (art. 457 à 467), il est constamment question de l'intervention du conseil de famille. Comment appliquer ces textes en notre

matière? Cependant, il semble bien que si on entreprend de les appliquer, il faut le faire intégralement, sans les démembrer et leur imposer les modifications qui en dénatureraient le sens.

Ainsi donc, ajoutent-ils, la seule question à se poser lorsqu'il s'agit de délimiter les pouvoirs du père de famille, est la suivante : Quels sont les pouvoirs d'un administrateur ordinaire? Tous les actes rentrant dans ces pouvoirs, le père aura le droit de les faire ; les autres lui seront interdits.

D'une façon générale, l'administrateur du patrimoine d'autrui a qualité pour accomplir *les actes d'administration* ; il serait sans titre pour accomplir *les actes de disposition*.

Dès lors, d'après cette théorie, le mandat légal du père comprendra *les actes d'administration*.

Quant *aux actes d'aliénation*, il conviendrait sans doute qu'ils ne fussent pas complètement interdits au père, et qu'il pût les consentir sous un contrôle déterminé. Cela serait plus conforme aux intérêts de l'enfant. Mais d'une part, les actes de disposition sont en dehors du mandat d'un administrateur ordinaire; ses pouvoirs ne vont pas jusque-là. Le père n'a donc pas le droit d'accomplir *seul* ces sortes d'actes. D'autre part, aucun texte ne permet expres-

sément aux tribunaux d'intervenir, en matière d'administration légale, à l'effet d'étendre les pouvoirs du père et de l'autoriser à *disposer*, sous une forme ou sous une autre, des biens confiés à son administration. Il faut donc se résigner à lui interdire tout acte de disposition.

Quant à déterminer quels sont les actes d'administration, c'est-à-dire les actes qui, rentrant dans le mandat d'un administrateur ordinaire, sont accessibles au père, quels sont les actes de disposition, c'est-à-dire les actes qui, interdits à l'administrateur, excéderaient les pouvoirs du père, c'est là une tâche assez difficile. Pour la remplir, il faudrait exposer la théorie générale des pouvoirs d'un administrateur, ce qui nous obligerait à sortir du cadre de cette thèse. D'ailleurs, les pouvoirs d'un administrateur. en général, sont loin d'être définis avec la même précision que ceux du tuteur. Il y a de nombreuses divergences dans la doctrine et dans la jurisprudence. Aussi, les auteurs qui assimilent le père à un administrateur ordinaire sont-ils loin d'aboutir aux mêmes solutions. Les droits qu'ils reconnaissent au père ,varient suivant qu'ils accordent ou refusent ces mêmes droits à un administrateur.

Voici, brièvement, quelques-unes des solutions que croit devoir accepter M. Laurent, en prenant pour

point de départ l'assimilation entre la situation du père et celle d'un administrateur ordinaire. Je signale principalement les points sur lesquels il s'écarte des règles de la tutelle.

Parmi les actes *d'administration* qui, à ce titre, rentrent dans les pouvoirs du père, il range l'acceptation d'une donation (art. 463) ; l'acceptation d'une succession, mais non sa répudiation, celle-ci constituant dans notre droit une aliénation (art. 461) ; l'exercice d'une action en partage : partager n'est pas aliéner (art. 465) ; l'exercice des actions mobilières (arg. des art. 464, 482, 1428). Mais il refuse au père le droit de vendre les meubles de l'enfant, ce droit ne lui paraissant pas rentrer dans les termes du mandat d'un administrateur ordinaire (art. 452).

Quant aux actes de *disposition* interdits au père, ils comprennent notamment, dans l'opinion de M. Laurent, les aliénations (art. 457), les transactions (art. 467), l'exercice des actions immobilières appartenant à l'enfant (art. 464), l'acquiescement, etc., etc.

51. — Ainsi, on peut adresser à cette opinion, comme premier reproche, qu'elle n'est pas la même pour tous. Elle ne donne pas un *criterium sûr*, puisque chacun arrive à des résultats différents. Elle se perd dans le vague et l'incertitude, et, comme si

les difficultés que soulève l'administration légale n'étaient pas suffisantes, on les complique encore des difficultés que soulève une question voisine.

De plus, elle a le tort grave de repousser toute possibilité d'analogie entre la tutelle et l'administration légale. Sans doute, ce sont là deux institutions distinctes, obéissant sur plus d'un point à des règles propres. Mais à notre avis, ce serait aller contre les intentions du législateur que d'isoler aussi complètement l'administration légale de la tutelle, de creuser pour ainsi dire un abîme entr'elles, de telle sorte que les règles de celle-ci ne puissent jamais être appelées à compléter les règles de celle-là.

Rien de semblable ne ressort des Travaux préparatoires. On y voit bien qu'il ne faut pas appliquer indistinctement toutes les règles de la tutelle à l'administration légale. Mais, quant à supprimer tout rapprochement entre les deux, quant à se priver du puissant secours que peut offrir, au point de vue de la délimitation des pouvoirs du père, l'analogie entre deux situations qui poursuivent un même but, ce serait mal comprendre les Travaux préparatoires que de leur donner une signification aussi absolue. Il nous semble que la place occupée par l'art. 389, au titre de la Tutelle, bien que cette place ne soit pas celle que, logiquement, il ait dû

occuper, indique bien suffisamment qu'il n'entrait pas dans les intentions du législateur de considérer la tutelle et l'administration légale comme étant absolument étrangères l'une à l'autre.

Enfin, il est d'évidence que cette opinion ne donne aucunement satisfaction aux idées essentielles sur lesquelles repose l'art. 389. Eh quoi! l'administration légale est une administration privilégiée en quelque sorte, et le père aurait des pouvoirs moins étendus que ceux du tuteur! C'est une gestion dont le but est d'assurer la protection des intérêts de l'enfant, et on refuse au père les moyens qui lui permettraient d'atteindre ce but! Il doit laisser dépérir les meubles plutôt que de les vendre! Il ne lui est pas permis de répudier une succession notoirement insolvable! Et, si les droits immobiliers de l'enfant sont menacés, contestés, il ne peut pas prendre l'initiative et agir en justice pour les faire reconnaître! Ce serait là un système de protection bien inconséquent. La loi qui prend tant de soin du mineur en tutelle, eût singulièrement délaissé, sacrifié et méconnu les intérêts des enfants dont les père et mère existent encore.

Il nous est impossible de souscrire à une opinion qui conduit à de tels résultats. Et nous croyons plus exact, plus conforme aux vues de la loi, d'appliquer, en principe, à l'enfant, les art. 457 à 467 du Code civil.

52. — Après cette réfutation du système précédent, il nous semble inutile de reproduire les arguments qui nous amènent à recourir ici aux règles de la tutelle. La place de l'art. 389, l'identité du but poursuivi par nos deux institutions, les Travaux préparatoires qui se gardent bien de proscrire tout rapprochement entre la tutelle et l'administration légale, voilà autant de raisons pour justifier la nécessité de recourir ici aux règles des art. 457 à 467 du Code civil.

53. — Toutefois, même en acceptant cette donnée, il y a place encore pour quelques difficultés.

MM. Aubry et Rau, M. Demolombe enseignent que, si l'on transporte en notre matière les textes de la tutelle, il faut les prendre tels quels. Or, l'autorisation du conseil de famille est presque toujours exigée, pour le tuteur, par les art. 457 à 467. Donc, disent ces auteurs, il faudra l'exiger dans les mêmes cas pour le père administrateur, bien qu'il n'existe pas de conseil de famille permanent en matière d'administration légale.

« Ou bien les règles de l'administration tutélaire « sont applicables à l'administration légale ou elles « ne lui sont pas applicables. Dans le premier cas, « l'administrateur légal a besoin de l'autorisation « de la famille. Dans le second cas, il n'a même « pas besoin de l'autorisation du tribunal. Car ce

« sont les mêmes règles, les mêmes articles, le « même et unique mécanisme enfin qui exige tantôt « l'une, tantôt l'autre autorisation, et quelquefois « les deux en même temps » (1).

M. Demolombe ajoute un argument historique dont la valeur nous paraît problématique. Aux termes de l'art. 7 du titre XIV de la coutume d'Auvergne, le juge pouvait, *en connaissance de cause*, autoriser l'aliénation du bien dotal. Or, Chabrol indique ce qu'il faut entendre par ces expressions « *en connaissance de cause* ». Il s'agit de l'avis donné en présence du juge par une assemblée de parents, et à leur défaut, de voisins, c'est-à-dire par un conseil de famille.

54. — Nous répondons tout d'abord à cet argument que :

1° Il s'agissait, dans l'espèce, d'un bien dotal, et non d'un bien appartenant à un mineur ;

2° Le texte de la coutume ne mentionnait même pas expressément la nécessité d'un avis à donner par le conseil de famille. C'étaient les interprètes, ou mieux l'interprète cité plus haut, qui donnaient à la coutume cette interprétation ;

3° Cet avis du conseil de famille n'est même plus exigé dans l'état actuel de la législation, pour l'a-

1. Demol. tome VI, n° 446. — Adde : Aubry et Rau, § 123, texte et notes 31 et suivantes.

liénation d'un bien dotal. Dans les cas exceptionnels où l'aliénation du bien dotal est autorisée, c'est à la justice qu'il faut s'adresser.

Or, notre avis est précisément que la solution doit être ici la même que dans cette dernière hypothèse. Il n'y a pas lieu de recourir à l'autorisation d'un conseil de famille, mais à l'autorisation du tribunal. De telle sorte que le père pourra faire seul les actes pour lesquels on n'exige que l'autorisation du conseil de famille lorsqu'il s'agit du tuteur. Quant aux actes pour lesquels l'autorisation du Conseil de famille ne suffit pas en matière de tutelle, et qui exigent en outre l'homologation du tribunal, le père de famille, qui les veut passer, devra se faire autoriser de justice.

55. — *a.* — Nous disons que le père pourra faire seul les actes pour lesquels on n'exige de la part du tuteur que l'autorisation du conseil de famille. Nous savons, en effet, que l'administration légale ne comporte pas de conseil de famille. Nous croyons l'avoir suffisamment démontré plus haut. Et il ne s'agit pas seulement d'un conseil de famille *permanent*. Les expressions dont s'est servi le Tribunat, dans les observations qu'il présentait, sont beaucoup trop générales pour qu'on puisse leur donner cette portée restreinte. Il ne faut pas, disait-il, que le père soit placé sous la dépendance d'un conseil de

famille. Les membres de la famille n'ont aucun rôle à jouer, aucun contrôle à exercer, aucune autorisation à donner, lorsque l'administration des biens du mineur est aux mains du père, le mariage subsistant encore. Les paroles du Tribunat ne peuvent avoir d'autre sens.

Donc, le père pourra faire seul les actes en question. D'une part, aucun texte ne nous autoriserait à recourir, en ce cas, à la justice. D'autre part, on ne l'a pas oublié, la gestion du père est une gestion de confiance ; et dès lors il n'est pas étonnant que ses pouvoirs soient plus étendus que ceux du tuteur. Enfin, il s'agit là d'actes qui n'ont pas une importance considérable.

Toutefois, nous n'avons pas encore répondu à l'objection qui a paru déterminante à quelques auteurs. Si l'on emprunte pour les appliquer à l'administration légale les textes de la tutelle délimitant les pouvoirs du tuteur, il faut les prendre tels qu'ils sont, sans leur faire subir de modifications qui en altèrent le sens et la portée ?

Voici notre réponse. L'objection ainsi formulée confond deux questions qu'il convient, au contraire, de soigneusement distinguer. Doit-on, sur le point qui nous occupe, établir un rapprochement entre la tutelle et l'administration légale ? C'est une première question. Si nous la résolvons affirmative-

ment, sommes-nous condamnés par la logique à transporter, sans aucun changement, les textes de la tutelle dans le domaine de l'administration légale ? Je ne le crois pas. Sans doute, il faut appliquer ces textes en tenant compte des règles propres de l'administration légale et des intentions des rédacteurs du Code, telles qu'elles apparaissent dans les travaux préparatoires. Ceci nous paraît indispensable. Or, le législateur a manifesté formellement l'intention qu'il n'y ait pas de conseil de famille pendant le cours de l'administration légale. Conformons-nous donc à ces intentions et n'acceptons les textes de la tutelle que sous le bénéfice de cette restriction nécessaire.

56. — Comme conséquence de ce premier point de vue, savoir que le père peut faire seul des actes que le tuteur pourrait faire avec la seule autorisation du conseil de famille, nous déciderons que le père pourrait intenter seul les actions immobilières concernant le patrimoine de l'enfant ou acquiescer à une demande de cette nature (art. 464) ; accepter ou répudier une succession échue à l'enfant (art. 461) ; provoquer un partage (art. 465).

Nous reconnaîtrions également au père, et sur ce point, d'ailleurs, l'opinion que nous combattons est d'accord avec nous, le droit de vendre les meubles appartenant à l'enfant sans être astreint à observer

les formalités prescrites par l'art. 452. Ce texte, en tant qu'il exige que la vente se fasse sous telles et telles conditions, est un texte d'exception qu'il faut écarter. Du reste, nous avons déjà décidé qu'à un autre point de vue, et en tant qu'il impose au tuteur de faire procéder à la vente des meubles dans le mois qui suit l'inventaire, l'art. 452 ne pouvait être étendu à notre matière.

Enfin, pour autoriser le père à vendre de gré à gré les meubles de l'enfant, lorsqu'il juge cette vente utile et avantageuse, on peut invoquer un argument d'analogie décisif. Il résulte de l'art. 1428, 3e al., que le mari peut aliéner sans aucune entrave les meubles appartenant à sa femme. Or, à plusieurs reprises, nous avons eu l'occasion de faire observer que la situation du père relativement au patrimoine propre de son enfant se rapproche beaucoup de la situation du mari relativement au patrimoine propre de sa femme. Nous ne voyons aucun bon motif pour refuser au père, sur les meubles de l'enfant, un droit que tout le monde accorde au mari sur les meubles de sa femme.

Ainsi, le père peut, comme il l'entend, mais sous sa responsabilité personnelle, aliéner les meubles ou, pour employer une expression plus générale, le mobilier, les effets mobiliers appartenant en propre à l'enfant. Les mêmes raisons de décider se retrou-

vent, qu'il s'agisse de meubles corporels ou d'effets mobiliers incorporels.

D'ailleurs, en principe, avant la loi du 27 février 1880, le tuteur avait la libre disposition des meubles incorporels du mineur. Il devait en être de même *à fortiori* du père administrateur.

Toutefois, la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 étaient venus apporter, sur des points spéciaux, des limitations à ces pouvoirs excessifs du tuteur, en interdisant à celui-ci le transfert des rentes sur l'État ou des actions de la Banque de France qui pourraient appartenir au mineur, sans obtenir préalablement l'autorisation du conseil de famille. Il va de soi que, dans notre opinion, ces textes n'auraient pu recevoir leur application en cas d'administration légale.

Depuis la loi du 27 février 1880, il ne peut plus être question de discuter le point de savoir si la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 doivent être étendus à l'administration légale, puisque ces textes sont expressément abrogés par l'art. 12 de la loi de 1880.

D'autre part, ainsi qu'on a pu le voir dans l'Introduction, la loi du 27 février 1880 n'est pas applicable au père administrateur (1). Un amendement

1. Trib. de la Seine, 27 avril 1882. (Sir. 82, 2, 207.)

qui avait été proposé en ce sens a été rejeté sur les observations du rapporteur. Et c'est précisément parce que la loi ne réglementait pas les pouvoirs du père administrateur sur les valeurs mobilières de l'enfant que le gouvernement prit l'engagement de présenter un projet de loi à l'effet de modifier l'art. 389, de préciser les droits et obligations du père et de leur appliquer notamment les dispositions de la loi nouvelle sur les aliénations conversions et emplois de valeurs mobilières appartenant aux mineurs.

Nous savons que ce projet de loi a été déposé sur le bureau de la Chambre des députés, le 26 novembre 1881. Voici notamment le passage qui a trait à la question que nous examinons spécialement en ce moment: « Sont considérés comme excédant l'admi-
« nistration, et soumis par suite à l'autorisation
« précédente (l'autorisation de justice), tous les ac-
« tes d'aliénation, de conversion et d'emploi de va-
« leurs mobilières prévus par les art. 1, 3, 4, 5, 6
« et 10 de la loi du 27 février 1880. La conversion
« et l'emploi seront accomplis dans le délai de trois
« mois à partir du jour où les biens seront advenus
« aux mineurs ».

Il résulte de ce qui précède que, dans l'état actuel de la législation, le père administrateur a l'entière disposition de tous les meubles et effets mobi-

liers corporels ou incorporels appartenant en propre à l'enfant. C'était la solution que commandaient les textes du Code civil; or les textes législatifs nouveaux sont étrangers à l'admistration légale; donc, la solution est restée la même.

Cependant, il faut reconnaître que cette liberté de disposition pour le père à l'égard des valeurs mobilières de l'enfant, constitue un véritable danger pour celui-ci. Depuis le commencement du siècle, le développement de la fortune mobilière s'est singulièrement accru. Elle entre pour une large part dans la composition des patrimoines. On doit vivement désirer, à ce point de vue principalement, que le projet de réforme de l'art. 389 aboutisse dans un avenir prochain. Sans doute, si le père dissipe les valeurs mobilières de ses enfants, sa responsabilité personnelle est engagée. Mais bien souvent cette responsabilité sera illusoire, d'autant plus qu'il nous semble impossible, comme nous le verrons bientôt, d'admettre au profit de l'enfant l'existence d'une hypothèque légale qui viendrait grever les biens du père.

La jurisprudence de la Cour de cassation paraît s'être formée dans le sens de l'opinion que nous venons de développer, et reconnaître au père le droit de faire seul les actes qu'un tuteur pourrait faire avec la seule autorisation du Conseil de famille (Cass. 3 juin 1867. — Sirey, 67, 1, 213).

Cet arrêt permet au père d'acquiescer seul, et sans l'autorisation du conseil de famille, à une demande relative aux droits immobiliers du mineur (art. 464). Et qu'on le remarque, la Cour de cassation admet cette solution précisément parce qu'il n'y a pas de conseil de famille tant que dure l'administration légale :

« Attendu que les règles de la tutelle ne sont « point applicables, en général, au père adminis- « trateur légal pendant le mariage des biens de ses « enfants mineurs ; que, notamment, la loi n'a pas « entendu le soumettre à l'intervention et au con- « trôle du conseil de famille ; que cela résulte avec « évidence des circonstances et des déclarations qui « ont accompagné l'introduction dans le Code de « l'art. 389... »

La Cour régulatrice ne pouvait guère être plus formelle.

57. — b. — Nous avons ajouté, et c'est notre seconde proposition, que le père administrateur légal pourra faire, *avec l'autorisation de justice*, les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

Nous supprimons la nécessité de l'autorisation du conseil de famille, puisqu'il n'existe pas ici de conseil de ce genre, et nous exigeons l'autorisation du tribunal puisque nous admettons, en principe, en ce

qui concerne la délimitation des pouvoirs du père, l'analogie entre la tutelle et l'administration légale. De la sorte, nous donnons à la fois satisfaction aux vues du législateur manifestées par les Travaux préparatoires, et à l'idée de protection qui domine l'art. 389.

La pratique constante du tribunal de la Seine s'est formée en ce sens (1).

58. - Les conséquences de cette seconde proposition ne nous retiendrons pas longtemps.

Le père pourra avec la seule autorisation de justice, aliéner ou hypothéquer les immeubles de l'enfant (art. 457).

Il pourra, dans les mêmes conditions, consentir une transaction (Tribunal de Marseille, 12 déc. 1864; D. 1867. Table, v° *Puissance paternelle*).

Toutefois, sur ce dernier point, on peut se demander si l'on doit exiger l'autorisation du tribunal dans tous les cas, que la transaction porte ou non sur des objets mobiliers. Il y a ici divergence dans la jurisprudence.

La Cour d'Amiens a décidé que le père pouvait transiger seul quand il s'agissait de *droits purement mobiliers* (Amiens, 1er mars 1883, Sir. 1884, 2, 41).

1. Bertin, *Chambre du conseil*, etc., tome I, v° *Mineurs*, p. 483, 568 et 569.

Il nous semble plus conforme à la théorie de la loi en matière de transaction, d'astreindre, dans tous les cas, le père qui veut y procéder, à réclamer l'autorisation du tribunal. Il est bien vrai que nous reconnaissons au père le droit de vendre, sans cette autorisation, les effets mobiliers appartenant à l'enfant. Mais autre chose est vendre, autre chose transiger. D'ailleurs, nous appliquons en ce cas l'art. 467. Or, cet art. 467 pas plus que l'art. 2045, al. 2, ne distingue suivant la nature de l'objet sur lequel porte la transaction.

Enfin, et c'est notre dernier mot, le père administrateur qui aurait le droit, sans autorisation, de donner à bail pour une durée n'excédant pas neuf années les immeubles de l'enfant (arg. de l'art. 1429), devrait, s'il voulait consentir un bail d'une durée plus longue, recourir à l'autorisation de justice. Le bail excédant neuf années, en effet, semble rangé par la loi parmi les actes de disposition ; et dès lors, la situation du père relativement à ces sortes de baux sera la même que s'il s'agissait, pour lui, de faire un acte de disposition.

59. — Le projet portant modification de l'article 389 consacre l'ensemble de l'opinion que nous venons de développer. Il écarte l'intervention du conseil de famille et laisse à la justice le soin d'autoriser les actes graves que le père peut être appelé à faire dans le cours de sa gestion :

« Le père administrateur ne peut faire aucun « acte excédant l'administration des biens de ses « enfants mineurs sans recourir à une autorisation « de justice donnée par le tribunal en chambre du « conseil. »

Ainsi, l'adoption de ce projet supprimerait, en principe, cette longue controverse.

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ DU PÈRE ADMINISTRATEUR LÉGAL.

60. — Le père, administrateur légal, doit administrer en bon père de famille le patrimoine de ses enfants. A ce point de vue, il n'y a pas de difficulté à lui appliquer l'art. 450, 2e al., qui ne fait que reproduire le droit commun.

Il en résulte pour le père certaines obligations. S'il a l'usufruit légal des biens de l'enfant, il doit au moins veiller *à leur conservation*. Nous avons déjà indiqué quelques applications de cette idée, lorsque nous avons déclaré le père obligé de maintenir en bon état de réparation les meubles et les bâtiments, de les assurer contre les risques d'incendie, etc...

Si le père n'a pas l'usufruit légal des biens de l'enfant, il doit non seulement prendre les mesures nécessaires pour la conservation de ces biens, mais encore chercher *à les faire fructifier et à les augmenter*.

Ces diverses obligations sont communes au père

et au tuteur. Elles dérivent directement de l'application des règles du droit commun en matière d'administration des biens d'autrui.

Il suit de ce qui précède, que l'administrateur légal qui n'exécuterait pas ces différentes obligations verrait sa responsabilité engagée. Il en serait de même s'il commettait des fautes dans le cours de sa gestion, excédait ses pouvoirs, etc., etc.

Cette responsablité du père s'appréciera lors de la reddition du compte qu'il est tenu de présenter à l'expiration de ses pouvoirs. L'art. 389 se prononce lui-même sur cette obligation imposée au père de rendre compte lorsque ses pouvoirs d'administrateur prennent fin. « Il sera comptable, nous dit le texte, « quant à la propriété et aux revenus, des biens « dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la pro- « priété seulement, des biens dont la loi lui donne « l'usufruit. »

Le père est donc tenu de rendre compte. Il doit restituer les biens soumis à son administration et indemniser l'enfant du préjudice qu'il lui aurait causé par une mauvaise gestion, soit en n'exécutant pas les obligations dont il était tenu, soit en les exécutant mal.

61. — Relativement à cette responsabilité du père et à cette reddition de compte qui clôture l'administration légale, quelques questions se posent qu'il convient d'examiner brièvement.

62. — Et d'abord, l'action qui peut appartenir à l'enfant contre son père, à raison de la mauvaise gestion de celui-ci, aura-t-elle la garantie précieuse de l'hypothèque légale, garantie qui est accordée par la loi aux mineurs ? En d'autres termes, les biens de l'administrateur légal sont-ils grevés d'une hypothèque légale au profit de l'enfant ?

Dans les premiers temps qui suivirent la rédaction du code civil, quelques auteurs paraissaient disposés à répondre affirmativement à cette question. Mais depuis, cette opinion a été complètement abandonnée. La doctrine, comme la jurisprudence, semblent avoir tranché définitivement la question dans le sens de la négative : l'enfant n'a pas d'hypothèque légale sur les biens du père administrateur légal.

C'est qu'en effet, il y avait bien des raisons pour recommander cette solution.

D'abord, il faut remarquer que l'hypothèque légale n'existe que dans le cas où la loi l'a expressément établie ; l'interprétation extensive doit être soigneusement écartée. Le créancier qui veut invoquer une hypothèque légale doit se trouver exactement dans la situation prévue par le texte qui accorde cette garantie exceptionnelle (art. 2117, al. 1, C. civ.).

Or, dans tous les textes qui confèrent au mineur

une hypothèque légale, il n'est question que d'une hypothèque légale sur les biens du *tuteur*. Le père n'ayant ni la qualité ni le titre de *tuteur*, il faut en conclure que l'enfant n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de ses parents administrateurs, pendant leur mariage (art. 2121, 2135, 2194).

A vrai dire, en dehors de cet argument de texte qui suffirait à lui seul, il faut bien reconnaître que cette solution s'imposait. Il ne nous semble pas, en effet, qu'ici l'on puisse raisonner par analogie de la tutelle à l'administration légale.

Nous l'avons déjà dit, l'enfant, dont les père et mère vivent encore, a bien rarement un patrimoine propre. C'est principalement au décès de son père ou de sa mère qu'il acquiert une fortune personnelle ; et, si l'on comprend que dans ce dernier cas, la loi ait cru utile d'accorder au mineur une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, on comprend également qu'elle ait jugé inutile, dans le premier, de conférer à l'enfant une hypothèque légale sur les biens de l'administrateur. Outre que la nécessité de cette hypothèque légale ne se faisait pas sentir, il faut remarquer que la femme ayant déjà, pendant toute la durée du mariage, une hypothèque légale sur les biens de son mari, il eut été onéreux pour le crédit public de les surcharger encore d'une seconde hypothèque légale.

Enfin, les auteurs qui admettaient autrefois l'existence de cette hypothèque légale, s'étaient heurtés à d'autres graves difficultés, ce qui se produit inévitablement lorsque l'on veut étendre des textes exceptionnels en dehors de leur sphère d'action. — A quelle date, en effet, fixer la naissance, le rang de cette hypothèque légale ! Pour l'hypothèque du mineur sur les biens de son tuteur, pas de difficulté : *elle date du jour de l'acceptation de la tutelle* (art. 2135. 1°). Mais en matière d'administration légale, il n'y a, de la part du père, aucune acceptation. Faudra-t-il fixer le point de départ de l'hypothèque légale au jour de la naissance de l'enfant, ou seulement au jour où les enfants commencent à acquérir des biens personnels? — Il est inutile d'insister à cet endroit, quelle que soit la date que l'on choisisse, on est en dehors des termes de la loi, et par suite on n'a plus qu'un choix arbitraire (1).

La conclusion s'impose donc : l'enfant n'a pas d'hypothèque légale pour la garantie de l'action qui peut lui appartenir contre son père, à raison de la gestion de celui-ci comme administrateur légal.

63. — Mais est-ce à dire que celui qui veut faire une libéralité à l'enfant, soit par testament, soit par

1. Demol. Tome VI, n° 420 ; — Aubry et Rau, par. 123, n° 10 ; — Fréminville, de la Minorité, Tome 1, liv. 2, n° 18 ; — Aubry, Revue du droit français et étranger, 1834, p. 665.

donation, ne pourrait pas mettre comme condition à cette libéralité que le père donnera une garantie hypothécaire? Peut-être serait-ce aller trop loin. Le donateur ou le testateur est libre d'apporter à sa libéralité telle condition qu'il lui plait, à moins que cette condition ne soit contraire à l'ordre public. Or, nous ne voyons pas en quoi l'ordre public serait atteint par cette circonstance que le disposant redoutant pour le bien qu'il donne l'administration du père, exigerait de celui-ci une sûreté hypothécaire qui mettrait l'enfant à l'abri des conséquences d'une mauvaise gestion. Il nous semble bien difficile de refuser ce droit au disposant. Il ne s'agit plus là d'hypothèque légale ; et les motifs que nous avons donnés pour écarter celle-ci, ne se retrouve plus dans cette hypothèse.

Cependant, si le père se refuse à consentir une hypothèque sur ses biens, nous ne voyons pas le moyen de l'y contraindre, et la donation sera résolue. En fait, le donateur pourra obvier à cet inconvénient et déterminer le consentement du père, en insérant dans la donation, comme sanction du refus de l'hypothèque, la privation pour le père de l'usufruit et de l'administration du bien donné ou légué.

64. — En ce qui concerne, à proprement parler, le compte que le père doit rendre à l'expiration de

l'administration légale, il convient de se demander si nous appliquerons au père les textes relatifs *au compte de tutelle* (chap. II, section IX, *de la tutelle*).

Parmi ces textes, il en est deux à l'occasion desquels tout le monde est d'accord : ce sont les art. 471 et 473. Le premier, en faisant supporter au mineur les frais occasionnés par la reddition de compte du père, et le second, en attribuant compétence aux tribunaux civils relativement aux contestations auxquelles le compte donnerait lieu, ne font que consacrer le droit commun et doivent, par suite, s'appliquer au père lorsqu'il a l'administration légale (1).

65. — Mais que décider des art. 472, 474 et 475? Doivent-ils également recevoir application en matière d'administration légale?

L'art. 472 frappe de nullité tout traité relatif au compte de tutelle qui interviendrait entre le mineur et le tuteur, sans qu'il se soit écoulé dix jours depuis que celui-ci a rendu un compte détaillé de sa gestion au mineur et qu'il lui a remis les pièces justificatives.

Il est assez difficile de préciser quel est le fondement de l'art. 472. Soumet-il à des formes générales la convention dont il s'agit, ou bien présume-t-il

1. Demol., tome VI, nº 453. — Aubry et Rau, § 123, texte *in fine*.

un dol de la part du tuteur, art. 1108 et 1116 C. Civ. Dans tous les cas, il est d'évidence que l'art. 472 déroge au droit commun. Si ce texte n'existait pas, le tuteur et le mineur, une fois la tutelle terminée, pourraient traiter l'un avec l'autre comme bon leur semblerait, pourvu que la convention fût légale et sincère.

Cela suffit en notre matière, pour rejeter une disposition qui n'a été spécialement écrite qu'en vue de la reddition d'un compte de tutelle, c'est-à-dire d'un compte souvent compliqué puisque l'enfant a recueilli la succession d'un de ses parents prédécédé, parfois de l'un et de l'autre. Il importait alors de le protéger contre une acceptation précipitée du compte de tutelle, et de ne valider le traité qu'il passerait à ce sujet avec son tuteur que si certaines conditions destinées à assurer sa complète indépendance se trouvaient remplies. — Il en est différemment de l'administration légale qui donnera lieu rarement à des comptes compliqués. — Repoussons donc l'application à notre matière de l'art. 472 (1).

66. — Nous en dirons autant de l'art. 474. A supposer qu'à l'expiration de l'administration légale, le père soit constitué débiteur de l'enfant à raison de son compte de gestion, ou à l'inverse que ce soit l'enfant qui soit débiteur de son père à raison de dépenses

1. Demol, Tome VI, nº 455; Aubry et Rau, § 123. Texte *in fine* note 49. — Cassation 30 janv. 1866, Sir. 66, 3, 204.

faites par celui-ci, que devons-nous décider quant aux intérêts ?

Si nous appliquons les règles du droit commun, il faut décider que les intérêts ne courront, soit contre le père, soit contre l'enfant, que si l'un ou l'autre a été constitué en demeure par une demande en justice. Tel est le principe écrit dans l'art. 1153, dernier alinéa.

Or, l'art. 474 vient apporter une double dérogation à ce principe en décidant, d'une part, que, à dater de la clôture du compte, la somme à laquelle s'élève le reliquat dû par le tuteur, porte intérêt de plein droit sans qu'il soit besoin dune demande en justice; et d'autre part, que si, à l'inverse, le mineur se trouve débiteur du tuteur, il suffira au tuteur de lui adresser une simple sommation de payer pour que la somme produise intérêt.

Cet art. 474 étant aussi manifestement dérogatoire au droit commun, nous ne pouvons en étendre l'application au cas d'administration légale, puisqu'il n'a été spécialement écrit que pour régler les rapports réciproques du tuteur et du mineur (1).

67. — Enfin, il nous reste une dernière question à examiner pour clore cette longue série des controverses auxquelles donne naissance l'interprétation de l'art. 389.

1. Demol., tome VI, n° 456 ; — Aubry et Rau, § 123, texte *in fine*, note 50.

L'art. 475 établit au profit du tuteur une prescription spéciale, à l'effet de lui permettre de repousser, au bout d'un certain laps de temps, les actions que le mineur voudrait intenter contre lui relativement aux faits de la tutelle. Après l'expiration de dix années à compter de la majorité de l'enfant, le tuteur est en effet à l'abri des actions qui pourraient appartenir à l'enfant à raison de la gestion tutélaire.

Y a-t-il lieu d'accorder au père cette faveur d'une même prescription ? A ne consulter encore que les principes, l'action de l'enfant contre le père durera 30 ans à dater de la cessation de l'administration légale (art. 2262). L'art. 475 vient apporter une exception au droit commun, en faveur du tuteur. Le père doit-il bénéficier de cette exception ?

A première vue on pourrait être tenté de répondre affirmativement. L'administration légale, dira-t-on, est traitée par la loi avec plus de faveur que la tutelle. C'est une gestion éminemment favorable, une gestion de confiance.

Il semble donc difficile en partant de cette idée, au point de vue qui nous occupe, de placer le père dans une situation inférieure à celle du tuteur en le laissant exposé pendant trente années aux poursuites de l'enfant.

On pourrait ajouter que l'art. 475 ne fait aucune

distinction suivant que la tutelle est aux mains d'un étranger ou aux mains du père ou de la mère survivante. Or, ne serait-il pas étrange de refuser au père, durant le mariage, le bénéfice d'une prescription qu'on lui accorderait après la dissolution du mariage, si la tutelle lui était confiée?

Et cependant nous ne regardons pas ces raisons comme suffisantes pour permettre au père de bénéficier de la prescription spéciale de l'art. 475. Au contraire, un motif déterminant nous conseille de rejeter la solution précédente : si la loi a introduit une prescription relativement assez courte, en faveur du tuteur, c'est à raison des charges nombreuses qui pèsent sur lui. Le plus souvent son compte sera compliqué ; il comprendra de nombreuses opérations. De plus ses biens sont frappés d'une hypothèque légale, et sa responsabilité, à beaucoup d'égards, est plus étendue que celle du père administrateur légal. Il était donc juste de ne pas prolonger outre mesure le temps pendant lequel le tuteur serait exposé aux poursuites du mineur devenu majeur.

Mais, en ce qui concerne le père administrateur légal, les motifs qui ont inspiré l'art. 475 ne se rencontrent plus. Il est rare, avons-nous dit, que l'enfant ait un patrimoine important confié à l'administration du père, et par suite, le compte que

celui-ci rendra à l'expiration de sa gestion sera rarement compliqué. D'ailleurs, nous venons de voir que les biens du père administrateur ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit de l'enfant. En somme, le père n'a pas à supporter, d'une façon générale, les lourdes charges de la tutelle. Il ne doit donc pas bénéficier des avantages qui n'ont été concédés au tuteur qu'en compensation de ces charges. Ainsi, nous sommes amenés à conclure que l'action en reddition de compte appartenant à l'enfant contre son père, durera trente années à partir de la cessation de l'administration légale (1).

1. Demol., tome VI. n° 457; Aubry et Rau, par. 123, note 51; Valette sur Proud'hon, II, par. 282, note a; Demante, tome II, n° 137 *bis*, III.

POSITIONS

Droit romain.

I. Le fils n'a pas le droit de tester sur son pécule adventice ; il ne peut pas en donner les biens *mortis causâ*.

II. A la différence d'un usufruitier ordinaire, le père, usufruitier *de bona adventitia*, n'est pas tenu de faire inventaire et de donner caution, mais il doit faire à ses frais les grosses réparations.

III. En principe, le fils a sur le pécule adventice extraordinaire le droit d'un propriétaire.

Hors de la thèse.

I. Le *Concubinatus* n'était pas une institution juridique et sociale, mais une union de fait tolérée par la loi et par les mœurs.

II. Il n'y a pas en droit romain de paternité naturelle : l'enfant naturel n'est pour son père qu'un étranger.

III. Il n'y a pas en droit romain de maternité légitime : l'enfant légitime, dans ses rapports avec sa mère, ne se distingue pas de l'enfant naturel.

IV. Le consentement des parties ne suffit pas à la formation du mariage, il faut de plus que la cohabitation physique soit actuellement possible, ou, si elle ne l'est pas, que la femme soit mise à la disposition du mari.

Droit civil.

Dans la thèse.

I. Lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre le père administrateur légal et son enfant mineur, il y a lieu de procéder à la nomination d'un administrateur *ad hoc*, lequel doit être nommé par le tribunal.

II. Un tiers donateur ou testateur peut priver le père de l'administration du bien donné ou légué.

III. Le père naturel n'a pas l'administration des biens de son enfant naturel légalement reconnu.

IV. Le père administrateur légal peut faire seul les actes pour lesquels on n'exige de la part du tuteur que l'autorisation du Conseil de famille.

V. Le père administrateur légal doit obtenir l'autorisation du tribunal pour accomplir les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du Conseil de famille homologuée par le tribunal.

VI. — En aucun cas il n'y a de conseil de famille pendant la durée de l'administration légale.

VII. Quand le subrogé-tuteur remplace le tuteur à cause d'une opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur, il n'y a pas nécessité de nommer un subrogé-tuteur *ad hoc* : Notamment dans les cas des art. 444, 962 et 972 du code de procédure civile.

Hors de la thèse.

I. La condition que le père ou la mère de l'enfant n'aura pas la jouissance des biens donnés à celui-ci, produira effet en tant qu'elle s'applique même aux biens composant la réserve de l'enfant.

II. Le mineur émancipé par le mariage doit, comme le majeur, obtenir l'autorisation du tribunal civil pour vendre des valeurs mobilières faisant partie d'une succession bénéficiaire par lui acceptée.

III. Le droit de rétention du créancier gagiste est un droit réel.

IV. Le titre de l'acquéreur qui a entrepris la purge n'est pas résolu, lorsque c'est un tiers qui se porte adjudicataire.

Droit commercial.

I. Le contrat d'assurances sur la vie n'est pas une forme du *mutuum*, ni même un véritable contrat d'assurances, mais un contrat innomé, aléatoire et *sui generis* ayant pour but la formation d'un capital dans des circonstances données.

II. Lorsque l'assurance sur la vie est faite dans l'intérêt d'un tiers, il faut voir dans l'opération juridique non une stipulation pour autrui mais une pure gestion d'affaire.

Procédure civile.

I. On peut pratiquer une saisie-arrêt entre ses propres mains.

II. La saisie-arrêt peut être faite à la requête d'un incapable.

Vu par le doyen de la Faculté :
CH. BEUDANT.

Vu par le président de la thèse :
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris :
GRÉARD.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR LE JURAMENTUM IN LITEM

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LES DONATIONS ENTRE-VIFS

EN BIENS COMMUNS

FAITES PAR LE MARI SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 21 Janvier 1886, à midi

PAR

ÉMILE CAMUS

De La Fère (Aisne)

Président : M. DUVERGER, Professeur

SUFFRAGANTS { MM. BEUDANT, GARSONNET } PROFESSEURS
MICHEL LÉON — AGRÉGÉ

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1886

MEIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR LE JURAMENTUM IN LITEM

CHAPITRE PREMIER

PROCÉDURE FORMULAIRE

ARTICLE PREMIER

DÉFINITION

Le *juramentum in litem* est un moyen de procédure ayant pour objet la fixation sous serment par le demandeur de la condamnation à lui due par le défendeur. Cette condamnation a pour quotité, comme on le sait, tantôt la *vera rei æstimatio*, c'est-à-dire la véritable valeur de la chose, tantôt le *quod interest*, c'est-à-dire une somme représentant à la fois le dommage éprouvé et le gain manqué (1). Eh bien! les sources du droit

(1) Cette double base des condamnations romaines est empruntée à M. Accarias (*Précis de droit romain*, t. II, p. 857). Selon lui, la base de la condamnation est en principe le *quod interest*; il en est différemment en matière de *condictio*, tout au moins celle ayant pour objet la dation d'un corps certain; ici, c'est la *vera rei æstimatio*.

romain, se plaçant dans l'hypothèse d'un procès, nous montrent (et c'est ce qui justifie la définition précitée) le *juramentum in litem* ayant pour objet la fixation soit de la *vera rei æstimatio*, soit du *quod interest*, et elles sont muettes sur la possibilité pour le *juramentum in litem* de jouer un autre rôle. Je ne veux citer, comme preuves de l'emploi que je prête au *juramentum* que la loi 3 au Digeste *De in litem jurando*, et la loi 5-4° au Digeste, même titre. La première de ces deux lois se demande si, en cas d'action *depositi directa*, ayant pour objet la restitution des deniers déposés, il y a lieu de déférer au demandeur le *juramentum in litem*, et ce à l'effet de lui permettre d'estimer sous serment le *quod interest* (*ut juret quisque quod sua interest*); la loi 5-4° se place dans le cas d'action *ex stipulatu* ayant pour objet la dation d'un esclave; l'esclave est mort depuis la mise en demeure du débiteur, comment faire pour évaluer la *res*, c'est-à-dire déterminer la véritable valeur de l'esclave objet de la condamnation (L. 193, Dig. liv. L, t. XVI); la loi ne trouve pas d'autre moyen que la délation du *juramentum in litem* au demandeur, c'est donc que le *juramentum in litem* a pour objet dans l'espèce prévue l'*æstimatio rei*. Le vague des expressions *juramentum in litem* se trouve donc levé par les explications claires et nettes du Digeste. Toutefois le sens de ces expressions pourrait se rapprocher quelque peu de la définition précitée si l'on remarque que très souvent les expressions *lis* (procès) et *res* (objet du procès)

fonctionnaient comme synonymes (Varron, *Dictionnaire de lingua latina*; Cicéron, *Pro murena*, 11 et 12), et que partant la rubrique *juramentum in litem* implique, tout au moins, qu'il s'agit d'un serment se référant à l'objet du débat.

ARTICLE 2

CAS OU IL Y A LIEU A JURAMENTUM IN LITEM

Si nous consultons, comme nous devons le faire en première ligne (ces titres ayant pour objet principal, sinon exclusif, de traiter la matière qui nous occupe) les titres du Digeste et du Code portant la rubrique de *in litem jurando*, nous ne trouvons comme renseignements précis sur cette question que les détails suivants : le *juramentum in litem* ne s'applique qu'exceptionnellement en matière d'actions de droit strict (L. 5-4° Dig., *De in lit. jurando*); il était au contraire d'une application normale en matière d'actions *in rem*, d'action *ad exhibendum* et d'actions de bonne foi (L. 5, Dig., liv. XII, t. III, L. 1 au Code, *De in lit. jurando*). A l'égard des actions *in rem* ou *ad exhibendum*, il fallait, pour qu'il y eût *juramentum in litem* qu'on se trouvât en présence de la *contumacia*, du dol ou de la faute lourde (L. 2, Code, liv. V, t. LIII; LL. 2, 3, Dig., liv. XII, t. III) du défendeur obligé à restitution ou exhibition qui ne restituait ni n'exhibait. A l'égard des actions de

bonne foi, il y a lieu à *juramentum in litem* quand le défendeur a été l'auteur d'un dol ou d'une faute lourde (1). Au contraire, dans tous les cas, soit qu'il s'agisse d'actions de la première catégorie, soit qu'il s'agisse d'actions de la seconde, la faute légère du défendeur ne permettait pas la délation du serment au demandeur, mais laissait, selon les règles du droit commun, au juge le soin de faire la *litis æstimatio* (L. 5-3°, Dig., liv. XII, t. III).

Donc trois modes d'application du *juramentum in litem*.

1° Mode exceptionnel en matière d'actions de droit strict;

2° Mode normal en matière d'actions de bonne foi;

3° Mode également normal en matière d'actions *ad exhibendum* et réelles.

Je ne m'occupe pour le moment que de ce troisième mode.

I. *Emploi du juramentum in litem en matière d'actions ad exhibendum et réelles.*

Cette rubrique doit être élargie et remplacée par la

(1) Cette assimilation du dol et de la faute lourde dérive des principes généraux du droit; elle se trouve d'ailleurs formellement confirmée en notre matière par la loi 2, Code, liv. V, tit. LIII.

formule suivante : Emploi du *juramentum in litem* en matière d'actions arbitraires ayant pour objet une restitution ou une exhibition. La loi 68, Digeste, livre VI, titre I, vient, en effet, compléter les renseignements fournis à ce sujet par les titres du Digeste et du Code *De in litem jurando*. Ce texte étant capital dans mon étude, il est indispensable de le citer tout au long.

« 68 Ulpianus, libro 51, ad edictum. Qui restituere « jussus judici non paret, contendens non posse resti- « tuere, si quidem habeat rem, manu militari officis « judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum dun- « taxat omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si « vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo- « minus possit, is quantum adversarius in litem sine « ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. « Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quomi- « nus possit, non pluris quam quanti res est, id est, « quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Hæc « sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, « sive actiones in rem, sive in personam sint, ex qui- « bus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. »

Il s'agit ici de la procédure en matière de *rei vindicatio* et des résultats de l'inexécution de l'*arbitrium judicis*. Cette inexécution est-elle le résultat de la mauvaise volonté du défendeur qui nanti de l'objet revendiqué, peut le restituer, mais s'y refuse, le juge requerra la *manus militaris* et transférera par ce moyen la possession au demandeur : la condamnation du dé-

fendeur se bornera alors aux fruits et à l'*omnis causa.* Est-elle, au contraire, la conséquence d'une impossibilité, impossibilité où son propre dol a conduit le défendeur, il y aura lieu à *juramentum in litem* pour déterminer le montant de la *condemnatio.* Au contraire, la simple faute est-elle cause de l'impossibilité d'exécuter, le juge fixera lui-même la *litis æstimatio.* Cette marche de la procédure, dit la fin de la loi, est absolument générale, et s'applique soit en cas d'action réelle ou personnelle, soit en cas d'interdit, chaque fois que l'*arbitrium* du juge a pour objet une restitution.

Avant de poser, *in terminis*, la règle générale qui ressort de la loi 68 complétée par d'autres textes, il me paraît indispensable de présenter quelques observations.

1° On pourrait être surpris de trouver l'*arbitrium de restituendo* accolé aux interdits. Cette surprise sera de courte durée, si on se rappelle qu'en matière d'interdits restitutoires ou exhibitoires, deux modes de sanction à raison de la violation de l'interdit étaient ouverts (Gaius, Comment., IV, 141, 162 à 165). Le premier mode était la procédure *cum periculo* ou *per sponsionem.* Là, pas d'action arbitraire dans la procédure, partant pas d'*arbitrium de restituendo vel exhibendo.* Le deuxième mode était, au contraire, la procédure *sine periculo.* Au moment de l'émission de l'interdit, et avant que les parties eussent quitté le tribunal du ma-

gistrat, ce dernier délivrait une action arbitraire. Cette action était mise en mouvement quand le bénéficiaire de l'interdit se plaignait de sa violation; l'*arbitrium de restituendo vel exhibendo* pouvait intervenir alors.

2° La loi 68 est tout à fait muette sur la possibilité du *juramentum in litem*, quand *per contumaciam* le défendeur n'exécute pas l'*arbitrium judicis*, et pourtant la loi 8 (Dig., liv. XII, t. III), du même Ulpien, nous montre le *juramentum in litem* fonctionnant en pareille occurrence. Comment concilier ces deux lois? De différentes manières : 1° La loi s'occupe d'un cas où la *contumacia* du défendeur peut être brisée et par suite l'exécution forcée de l'*arbitrium judicis* fait disparaître la possibilité du *juramentum in litem*. 2° Le demandeur avait un droit d'option entre l'exécution forcée quand elle était possible et le recours au *juramentum in litem* (Argument des lois 68 précitée et 73, Dig., liv. XLVI, t. 1;—Accarias, 2° volume, p. 1125, note 1); la loi 68 suppose que le demandeur a fait choix de la première branche de l'alternative (choix bien naturel dans l'espèce) sans pour cela consacrer l'inexistence de l'autre.

3° La loi 68 est muette sur l'action *ad exhibendum*, mais l'admission du *juramentum* auprès de pareille action se recommande trop par les textes du titre *De in litem jurando* (Code et Digeste) pour qu'on argumente *a contrario* de ladite loi. Le silence d'Ulpien s'explique, d'ailleurs, par cette considération que la citation de sa

règle prétendue générale intervient à propos d'une action arbitraire *de restituendo* (l'action *rei vindicatio*); influencé par l'hypothèse où il se trouvait, il a pu dès lors ne songer qu'aux actions arbitraires *de restituendo*.

Ces observations une fois faites, j'en arrive à poser la règle générale suivante :

En matière d'actions arbitraires, soit réelles, soit personnelles, intentées par voie principale ou par voie incidente (je fais allusion à la procédure en matière d'interdits) et conduisant à un *arbitrium de restituendo vel exhibendo*, le *juramentum in litem* est applicable chaque fois que par sa *contumacia*, son dol ou sa faute lourde, le défendeur n'exécute pas l'*arbitrium judicis*. La non exécution résulte-t-elle d'une simple faute, on en revient à la *litis æstimatio judicis*.

Cette règle se trouve confirmée de la façon suivante :

1° Les textes du Digeste qui mentionnent le *juramentum in litem*, à propos des actions arbitraires, sont tous favorables à mon opinion.

Je citerai :

1° La loi 7, Dig., liv. VIII, tit. V, en matière d'action confessoire;

2° La loi 5, Dig., liv. XXXVIII, tit. V, en matière d'action Faviana;

3° La loi 18 pr., Dig., liv. IV, tit. III, en matière d'action de dol *et quod metus causa*;

4° Les lois 20-21°, 25-10°, Dig., liv. V, t. III, en matière d'action *de petitione hereditatis* ;

5° Les lois 16-3°, 21-3°, Dig., liv. XX, t. I, en matière d'action hypothécaire ou quasi-servienne ;

6° La loi 15-7°-11°, Dig., liv. XLIII, tit. XXIV, en matière d'interdit *quod vi aut clam* ;

7° Les lois 3-2°, 5-2°, 7-3°, Dig., liv. X, tit. IV, en matière d'action *ad exhibendum*.

Tous ces exemples d'actions ou interdit conduisent à un *arbitrium judicis de restituendo vel exhibendo*, et les textes précités mentionnent l'application du *juramentum in litem* quand satisfaction n'est pas accordée à l'*arbitrium* dont il s'agit. Les uns n'indiquent pas les circonstances de l'absence de satisfaction, mais ne peuvent par ce silence être interprétés comme dérogeant à la règle générale précitée : la *subjecta materia* n'étant pas l'étude du *juramentum in litem* ; les autres exigent expressément pour cette application l'absence de satisfaction motivée par le dol ou la *contumacia*.

Nous pouvons encore citer deux passages du Digeste qui viennent confirmer cette règle, mais ces deux passages exigent quelques développements.

Le premier est la loi 5-1°, Dig., livre II, t. VII. Il s'agit de l'action *in factum* destinée à sanctionner l'édit : *Ne quis eum qui in jus vocabitur, vi eximat.* Le paragraphe précité nous montre le *juramentum in litem*

fonctionnant près de cette action. Est-ce là un démenti donné à notre règle? Je ne le crois pas. Cette action n'est pas, en le titre qui la concerne, indiquée expressément comme conduisant à un *arbitrium* soit *de restituendo*, soit *de exhibendo*, mais il est plus que probable qu'il en était ainsi. J'argumente de la loi 5-2°. Cette loi déclare que l'enlèvement du défendeur au procès principal, de manière à l'empêcher de comparaître *in jure*, n'est pas puni, si ultérieurement la victime de la violence comparaît en justice. N'est-il pas naturel de conclure de là que l'auteur de l'enlèvement recevait du juge l'ordre de présenter sa victime *in jure*, si cette présentation pouvait encore être utile, et que c'est seulement à défaut d'exécution de pareil ordre, défaut d'exécution provenant de la violence du défendeur à l'action de l'édit, que le *juramentum in litem* était déféré à la partie adverse, à l'effet de déterminer le montant de la condamnation. Cette possibilité de l'*arbitrium de exhibendo* est d'ailleurs confirmée par le renvoi fait par la loi 3 pr. au même titre, à l'action *ad exhibendum*, quand l'édit est inapplicable. L'action de l'édit est donc une action analogue à l'action *ad exhibendum*.

Le deuxième passage consiste dans les lois 8-1°, 9, 10 au Dig., livre XXV, titre II ; il s'agit ici de l'action *rerum amotarum*, intentée par le mari à sa femme. Ces différents passages supposent implicitement que les objets dérobés au mari sont aux mains de la femme quand

l'action *rerum amotarum* est intentée contre elle. La femme se refuse à les rendre; le *juramentum in litem* intervient alors. La femme se refuse à les rendre, c'est donc que l'ordre de les restituer lui a été donné; l'action est donc arbitraire. Par conséquent, c'est encore ici la désobéissance à l'ordre du juge, de restituer, dans une action arbitraire qui est punie par le *juramentum in litem*. Mais l'action *rerum amotarum* est-elle bien arbitraire? Pour moi, les expressions employées par les passages précités : *non reddat* (L. 8-1°), *contumacia* (L. 11) ne laissent aucun doute à ce sujet. L'argument qu'on pourrait tirer en faveur de l'opinion contraire de la loi 26, Dig., même titre : *rerum amotarum actio condictio est*, semblant qualifier l'action *rerum amotarum* d'action civile, type *condictio*, par suite lui dénier virtuellement le caractère d'arbitraire, disparaît si l'on oppose à pareille loi, la loi 2 au Code, livre V, titre XXI. Cette loi reconnaît expressément à l'action *rerum amotarum* le caractère d'action prétorienne *in factum*, caractère qui n'a rien d'incompatible avec l'admission de l'*arbitrium judicis*. La loi 26 précitée s'explique alors simplement par l'analogie qui existe, au point de vue du *quantum* de la condamnation, du fait générateur de l'action, entre la *condictio furtiva* et l'action *rerum amotarum* (L. 29, Dig., livre XXV, titre II).

2° En matière d'action arbitraire dont l'*arbitrium* a pour objet toute autre prestation qu'une exhibition ou

une restitution, les textes ne laissent pas même soupçonner la présence du *juramentum in litem*. Je citerai simplement leur silence à cet égard en matière d'action arbitraire : *de eo quod certo loco*.

II. *Emploi du juramentum in litem en matière d'actions de bonne foi.*

Le *juramentum in litem* ne s'applique qu'en matière d'actions de bonne foi, ayant pour objet une restitution, chaque fois que le défendeur refuse d'obéir à l'ordre du juge qui lui ordonne de restituer, ou s'est mis par son dol ou sa faute lourde dans l'impossibilité d'y satisfaire. Le défaut de restitution provenant de la faute légère se trouve sanctionné par la *litis æstimatio* du *judex*.

Cette règle suppose donc admis que dans les actions de bonne foi ayant pour objet une restitution, il y avait place à l'*arbitrium judicis*, en d'autres termes que de pareilles actions pouvaient être arbitraires. Cette solution après avoir été longtemps controversée est aujourd'hui l'opinion la plus commune (Accarias, *Précis de droit romain*, tome II, n° 866). Le magistrat délivre les actions de bonne foi, arbitraires, dit-on dans cette opinion, chaque fois qu'elles tendent à obtenir, soit une simple restitution matérielle, soit un transport de propriété, ou une promesse, en un mot et plus large-

ment une satisfaction qui ne consiste pas en argent et que le défendeur peut fournir. Cette doctrine se recommande :

1° De l'application qu'en font les textes du droit romain dans les décisions relatives aux actions *depositi*, *rei uxoriæ*, *præscriptis verbis*, *communi dividundo et negotiorum gestorum* (L. 1-21°, Dig., liv. XVI, t. III. L. 9, Dig., liv. XIX, tit. V. L. 7-1°, Dig., livre XXIII, tit. V. L. 61, pr. L. 80-7°, Dig., livre LVII, tit. II).

2° Du texte de la formule *depositi in jus* où Gaius fait figurer la clause *nisi restituat* (G., Comment. IV-47°).

Ceci posé, et en revenant au *juramentum in litem*, sommes-nous en droit de l'astreindre en matière d'actions de bonne foi, aux limites de la règle précitée?

Que d'abord, le *juramentum in litem* ne soit applicable qu'en matière de *contumacia*, dol ou faute lourde du défendeur, cela ne fait aucun doute et résulte clairement de la loi 5-3°, Dig., liv. XII, t. III (1). Mais faut-

(1) A l'objection qui pourrait être faite que la loi restreint au cas de dol l'application du *juramentum in litem* et se tait sur la *contumacia*, je réponds que la *contumacia* du défendeur, c'est-à-dire sa désobéissance à l'ordre du juge, rentre dans le dol au sens large (formule de la *manus injectio*). Tel est bien l'objet de la loi 5-3° dont s'agit, puisqu'elle restreint également au cas de dol l'application du *juramentum in litem* en matière d'action réelle, et pourtant nous avons vu d'après la loi 68, complétée par la loi 2-1°, Dig., liv. XII, tit. III, qu'il fonctionnait au cas de *contumacia*.

il en outre, qu'il s'agisse d'actions de bonne foi, ayant pour objet une restitution, et que le défendeur pour les raisons précitées n'exécute pas l'*arbitrium judicis*?

L'opinion, écartant cette limitation, peut invoquer à son appui différents textes du Digeste.

1° La généralité apparente des expressions du *principium* de la loi 5 : *In actionibus in rem et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis, in litem juratur.*

2° De même encore à propos de l'action *commodati* les expressions suivantes qui paraissent à première vue consacrer l'application absolument générale du *juramentum in litem* : *in hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, similiter in litem juratur* (L. 3-2°, Dig., liv. XIII, t. VI).

3° La considération suivante : n'est-il pas conforme à la nature de l'action *bonæ fidei* où la plus grande bonne foi doit régner chez les parties, que le dol du défendeur soit réprimé quel que soit l'objet de l'action intentée, quelle que soit la nature du dol commis ; or, la délation du *juramentum in litem* aboutit à une répression du dol commis, car soit par colère, soit pour tout autre motif, le demandeur juge en sa propre cause s'adjugera toujours une réparation supérieure au préjudice causé. Pareille délation, doit donc avoir lieu en toute matière.

En sens inverse, j'argumente :

1° De la loi 68, Dig., *De rei vindicatione*, elle n'admet l'application *juramentum in litem* que dans les

actions *ex quibus arbitratu judicis quid restituitur*, et nos actions de bonne foi, ayant pour objet une restitution sont seules dans ce cas. Egalement, elle n'admet le *juramentum in litem* que pour refus d'obéissance à l'*arbitrium judicis* ou inexécution pour dol ou faute lourde.

2° Du motif invoqué par la loi 25-1°, Dig., *Soluto matrimonio*, pour justifier l'application du *juramentum in litem* en matière d'action *rei uxoriæ* « *quia invitis nobis res nostras alius retinere non debet* » : ce motif disparaissant, et il disparaît quand il ne s'agit pas d'action de bonne foi *ad restituendum*, le *juramentum in litem* disparaîtra donc également.

3° Bien plus, la loi 5, pr., Dig., livre XVI, titre III, exclut formellement le *juramentum in litem* dans l'action *depositi contraria*, et quel est le motif indiqué? *Non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus, qui depositum suscepit.* N'y a-t-il pas là formellement indiquée, d'une manière un peu elliptique, il est vrai, une différence avec l'action *depositi directa*, et comme motif de cette différence que dans l'action *depositi directa* il s'agit de la restitution du dépôt confié à la bonne foi du dépositaire, dans l'action *depositi contraria* il n'y a pas de restitution en jeu, mais simplement le payement d'une indemnité.

4° Toutes les actions de bonne foi, où les textes nous montrent le *juramentum in litem* intervenant, ont pour objet une restitution.

Telles sont :

L'action *depositi directa* (L. 3, Dig., liv. XII, t. III; L. 1-26°, Dig., liv. XVI, t. III).

2° L'action *commodati directa* (L. 3-2°, Dig., liv. XIII, t. VI).

3° L'action *locati* (L. 48-1°, Dig., liv. XIX, t. II).

4° L'action *rei uxoriæ* (L. 25-1°, Dig., liv. XXIV, t. III).

5° L'action *tutelæ directa* (L. 24, Code, liv. V, t. ~~VIII~~, 7, pr. Dig., liv. XXVI, tit. VII).

Lorsque dans ce dernier passage, le *juramentum in litem* est possible à raison de la non-confection par le tuteur de l'inventaire, c'est encore par une application quelque peu occulte, il est vrai, de notre règle. La loi considère comme un dol le fait par le tuteur de n'avoir pas dressé d'inventaire : c'est donc par son dol que le tuteur ne peut satisfaire à l'ordre du juge lui prescrivant de présenter cet inventaire (Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, I, p. 267).

J'en arrive maintenant à la réfutation des arguments de l'opinion contraire :

1° C'est donner un sens suffisant, et même c'est donner le sens le plus exact à la phrase : *In actionibus in rem* et, que de la traduire : le serment *in litem* est possible en matière d'action *in rem*, d'action *ad exhibendum* et d'action de bonne foi, mais en quelles circonstances? La loi est muette sur ce point. D'ailleurs, le § 1 de la loi 5 est bien vague par lui-

même. Qu'on le prenne à la lettre, sans le compléter par des renseignements extrinsèques, on arriverait à n'exiger pas même le dol du défendeur pour l'admission du *juramentum in litem*. Pareille déduction se trouve immédiatement démentie par le paragraphe suivant de la même loi. Nous ne devons donc pas nous attacher plus que de raison aux termes du § 1er.

2° Mais les termes de la loi 3-2°, Dig., liv. XIII, t. VI, *in hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis similiter in litem juratur*. Ces termes ne semblent-ils pas consacrer l'application du *juramentum in litem* en matière de toutes espèces d'actions de bonne foi? Oui, à première vue, non, si on les examine attentivement. A côté de la phrase : *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis* se trouve juxtaposée la proposition *similiter in litem juratur*. Qu'est-ce à dire? l'addition du mot *similiter* ne vient-elle pas exiger pour l'application du *juramentum in litem* en matière de toutes sortes d'actions de bonne foi (*sicut in cæteris*), les mêmes conditions qu'en matière d'action *commodati directa*, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une restitution et d'une inexécution de l'ordre de restituer occasionnée par les raisons que nous savons. Ne voir dans l'expression *similiter* qu'une reproduction des expressions *sicut in cæteris*, c'est y voir un pléonasme bien peu en harmonie avec la langue concise des jurisconsultes romains. Pareille interprétation doit être d'autant moins facilement admise que nous sommes ici, en une matière exceptionnelle, s'agissant

2

de la substitution de la *litis æstimatio* par le demandeur à *litis æstimatio* par le juge, et que par suite, en présence de l'ambiguité des textes, l'interprétation qui s'écarte le moins de la règle ordinaire doit l'emporter sur celle qui voudrait augmenter l'application de l'exception.

3° A l'objection présentée sous le numéro 3, je réponds de la façon suivante : admettre que dans toutes les actions de bonne foi, lors même qu'elles ne sont pas arbitraires le juge peut déférer le *juramentum in litem* au demandeur, à l'effet d'évaluer lui-même le *quod interest*, c'est admettre que le juge peut condamner, nonobstant les termes de la formule, à une somme supérieure au *quod interest* (le demandeur exagérant toujours son évaluation, soit par vengeance, soit pour toute autre cause) ; c'est par suite consacrer une désobéissance systématique du juge à la *condemnatio*. Pareille désobéissance me semble tout à fait contraire aux idées romaines sur les pouvoirs du juge et rien dans la formule n'est là pour la justifier. Il en est autrement en matière d'actions arbitraires. Là, la formule donne au juge le pouvoir, avant toute condamnation, de délivrer un *jussus*. Il est logique dès lors qu'elle assure, s'il est possible, l'exécution de pareil *jussus*, qu'elle souffre par suite le *juramentum in litem*. La possibilité d'une exagération de la condamnation par l'effet du *juramentum* contraindra moralement le défendeur à exécuter de bonne grâce l'ordre à lui donné.

4° La réfutation de l'opinion précédente, en matière d'actions de bonne foi, se trouvera complétée par la citation d'un passage du Code (L. 4, Code, liv. IV, tit. XLIX). Il s'agit du cas où l'acheteur intente contre le vendeur l'action *empti* à l'effet de réclamer la tradition de la chose vendue. La loi suppose que le vendeur résiste à l'ordre d'effectuer cette tradition, et elle s'occupe de la condamnation à prononcer contre lui. En pareil cas, elle déclare que c'est le magistrat qui évaluera le *quod interest*, montant de la condamnation; du *juramentum in litem* il n'est pas question. Cette loi donne un double démenti à l'opinion adverse : 1° en ce qu'il résulte de sa décision que le *juramentum in litem* n'intervient pas en matière d'action de bonne foi, dirigée *ad tradendum*.

2° En ce que, dans une action de bonne foi, tout dol n'entraîne pas nécessairement délation du *juramentum in litem* au demandeur (1).

(1) Remarque. — La loi charge le *præses provinciæ* d'évaluer lui-même la condamnation et par suite de faire lui-même l'office de juge, et pourtant la loi est de 290, c'est-à-dire d'une époque où la procédure formulaire régnait encore, où les fonctions du juge et du magistrat coexistaient. Comment expliquer la fixation de la condamnation par le *præses provinciæ*? Simplement par ce fait, que dans le dernier état de la procédure formulaire le magistrat pouvait, à son choix, quelle que soit la nature du litige, retenir l'affaire ou la renvoyer à un juge. Il suffisait au demandeur, avant d'agir, de consulter l'empereur et d'obtenir de lui un rescrit portant

De tout ce qui précède, il résulte que le *juramentum in litem* intervient en matière d'actions arbitraires proprement dites, et en matière d'actions de bonne foi, chaque fois que le défendeur refuse d'obéir au *jussus* du juge ayant pour objet une restitution ou une exhibition, ou s'est mis par son dol dans l'impossibilité d'y satisfaire. Le *juramentum in litem* apparaît donc comme la sanction de l'inaccomplissement de l'exécution en nature ordonnée par le juge, inaccomplissement imputable à la mauvaise volonté ou au dol du défendeur. Comment l'expliquer? Vraisemblablement de la façon suivante. Pendant toute l'époque formulaire, la condamnation du défendeur ne pouvait être que pécuniaire. Pas de condamnation *ad ipsam rem*. Au début de cette époque, les conséquences de cette règle étaient d'autant plus insupportables qu'elles n'étaient pas encore mitigées par la possibilité de l'exécution forcée du *jussus judicis* (Accarias, Ortolan). Grâce à elle, en matière d'action réelle, l'usurpateur pouvait déposséder le propriétaire d'une partie de son patrimoine, et le dépossédé n'avait contre lui qu'une créance en argent; compensation insuffisante de la valeur véritable et de la valeur d'affection (cette dernière n'étant jamais prise en considération dans la détermi-

autorisation de s'adresser au magistrat (I.L. 8, 9, *De off. præs.*, liv. I, tit. IV. Accarias, t. II, p. 905). La loi 4 statue dans cette hypothèse. Il s'agit d'un rescrit rendu par les empereurs Dioclétien et Maximien.

nation du *quantum* de la condamnation), compensation illusoire en présence d'un débiteur insolvable. Grâce à elle encore, en matière d'action personnelle, le débiteur pouvait, lors même qu'il avait la possibilité de la fournir, refuser l'exécution en nature de la convention par lui souscrite. Mauvaise foi, particulièrement intolérable dans l'hypothèse où elle ne tendait rien moins qu'à refuser le rétablissement du patrimoine dans sa physionomie primitive (cas de dépôt, de commodat, etc.). Dans les cas d'actions réelles donc, et dans le cas d'action personnelle tendant à une reconstitution du patrimoine dans le *statu quo ante*, là où étaient surtout iniques les inconvénients de la condamnation pécuniaire dans la procédure formulaire, les Romains s'efforcèrent de procurer au demandeur le bénéfice de l'exécution en nature. N'osant encore investir le juge, simple citoyen du droit, de requérir, pour l'obtenir, la force publique (Accarias, tome II, page 1125), ils substituèrent à cette contrainte matérielle la contrainte morale résultant de la perspective d'une condamnation exagérée. Le possesseur de mauvaise foi, le débiteur obligé à restituer l'objet du contrat conclu avec le créancier, gardera par devers lui le bien d'autrui, soit ! mais il aura à compter avec la vengeance de l'exproprié. C'est l'exproprié lui-même qui fixera le montant de la satisfaction pécuniaire à lui due. Pareille fixation sera nécessairement exagérée, tant mieux ! sa crainte assurera d'autant mieux le but

poursuivi : l'exécution en nature, et elle sera à la fois une réparation du préjudice souffert et une satisfaction au désir de vengeance du demandeur.

Que tel était le point de vue des Romains dans l'établissement du *juramentum in litem*, la preuve en est dans les développements qui précèdent et dans les développements qui suivent :

Ils ont voulu réagir contre l'expropriation privée du demandeur et contre cette expropriation seule, c'est ce qui résulte de l'admission du *juramentum* seulement dans les actions arbitraires et les actions de bonne foi, ayant pour objet une restitution (*quia invitis nobis res nostras alius retinere non debet*, L. 25-1°, Dig., liv. XXIV, t. III) (1).

Ils ont voulu augmenter l'indemnité due à l'exproprié par l'exagération possible de la condamnation pécuniaire (*quia non æquum est*, *invitum suo pretio res suos vendere*, L. 9, Dig., liv. XXV, tit. II).

Enfin, ils ont voulu consacrer le droit de vengeance du propriétaire par la délation du *juramentum in litem*; c'est ce qui résulte de l'expression *pœna* (rançon de la vengeance) employée par différents textes pour qualifier le *juramentum in litem* (L. 60-1°, Dig., liv. XXXV, tit. II, 73, Dig., liv. XLVI, tit. I).

(1) L'admission du *juramentum in litem* dans l'action *ad exhibendum* s'explique par ce fait que la fonction la plus pratique de cette action, sous le système formulaire comme sous le système précédent, était de suppléer à l'action en revendication (Accarias, t. II, n° 826).

L'emploi comme correctif de l'inconvénient des condamnations pécuniaires de l'exercice de ce droit de vengeance, n'a d'ailleurs rien qui doive nous étonner. L'esprit de l'ancien droit romain est l'esprit de vengeance, de satisfaction pour toute espèce d'injustice soufferte, qu'elle soit intentionnelle ou coupable, ou même qu'elle ne soit ni l'une ni l'autre. Le sentiment juridique grossier voit dans toute contestation ou rétention du droit une lésion personnelle, un délit, et il réclame par conséquent non seulement la simple reconnaissance ou le redressement du droit, mais encore, en outre, une satisfaction personnelle, la punition de l'adversaire.

De cette idée, les Romains ont fait l'application à l'injustice de procédure, c'est-à-dire à l'injustice que commet toute partie litigante en contestant une réclamation fondée ou en en soulevant une non fondée, en refusant devant la justice la satisfaction que son adversaire est en droit d'attendre d'elle. Là, ils se sont ingéniés à multiplier la répression de l'injustice, et le plus souvent punirent la partie succombante sans distinguer dans bien des cas si elle avait agi avec conscience ou non.

Comme exemples de peines s'appliquant à la partie succombante, je citerai :

1° La perte du *sacramentum* dans la procédure *per sacramentum* ;

2° Le payement du double des fruits dans l'ancienne

procédure de la revendication pour la partie qui avait obtenu les *vindiciæ* mais perdu le procès (*si vindiciam falsam tulerit*);

3° La peine du double contre le défendeur qui niait, dans la *legis actio per manus injectionem*, et tous les cas où elle a été imitée (*ubi lis infitiando crescit in duplum*) ;

4° La peine de la *sponsio pœnalis* pour le défendeur, et la *restipulatio* qui y correspond pour le demandeur ; ce dont la *sponsio tertiæ partis* dans la *condictio certi* n'était qu'une application ;

5° La *summa fructuum licitationis* dans l'interdit *uti possidetis*, pour la partie qui dans les enchères sur la possession avait fait l'offre la plus élevée et avait ensuite succombé.

C'est une imitation faite par la procédure formulaire de la disposition énoncée ci-dessus sous le n° 2°.

6° La perte complète du procès pour le demandeur dans les cas de *plus petitio* ;

7° La peine du dixième ou du cinquième contre le demandeur dans les causes où un *contrarium judicium* avait été donné contre lui (Gaius, Comment., IV, 177, 178).

Pour que ces peines fussent encourues, il ne fallait pas comme condition l'existence d'une injustice consciente (*calumnia*) ; cela est formellement exprimé pour quelques-unes (Gaius, IV, 177, 178, 180), et cela va de soi pour d'autres. Il ne peut y avoir de

doute que pour la peine du double du n° 3°, et pour la *sponsio pœnalis* dont il est parlé au n° 4°.

A côté des peines déjà indiquées, il en existait d'autres, mais celles-ci n'étaient applicables à la partie succombante qu'à la condition expresse qu'elle fût en faute. C'étaient :

1° *L'infamie.* — Elle frappait le défendeur condamné dans les actions résultant de certains contrats. Cette peine atteignait uniquement le coupable, elle épargnait les héritiers (L. 1, pr., Dig., liv. III, t. II); elle n'était également que la suite du procès et non du fait même; la preuve en est que lorsque le défendeur donnait ou offrait satisfaction à son adversaire, sans laisser le procès prendre ou suivre son cours, il échappait lui-même à la peine.

2° *La sponsio dimidia partis dans l'action de pecunia constituta.* — D'après le langage des juristes romains en parlant de cette action (L. 1, pr., L. 25, pr., Dig., liv. XIII, tit. V; — Théophile, IV, 6-8°) et eu égard à son âge relativement récent, on doit admettre que la peine n'atteignait jamais que celui qui manquait à sa parole, ses héritiers y échappaient.

3° *Le judicium calumniæ.* — Il était accordé au défendeur pour un dixième dans toutes les actions et pour un quart dans les interdits. Il supposait la preuve d'une injustice consciente du chef du demandeur (Gaius, Comment., IV, 175, 178).

Le *juramentum in litem* appartient au même sys-

tème. Il est destiné à réprimer le défaut d'exécution de l'*arbitrium judicis* imputable à la mauvaise volonté ou au dol du défendeur, et ce, en matière d'actions de bonne foi ou arbitraires tendant *ad restituendum vel exhibendum*.

Les conditions particulièrement graves que doit réunir l'injustice du défendeur paraissent lui assigner une origine relativement récente et l'indiquer comme appartenant à une époque où pour punir l'injustice on s'enquérait de la faute de son auteur et non pas simplement du dommage occasionné, ce qui, comme on le sait, n'a pas été l'époque primitive.

Toutefois, cette déduction ne s'impose pas nécessairement : le *juramentum*, tel qu'il apparaît dans les textes de l'époque classique, par suite dans la période formulaire, peut être une forme adoucie d'un *juramentum in litem* usité sous la procédure des *legis actiones*. Sous cette dernière procédure existaient également, et des actions réelles ayant pour objet une restitution — elles étaient intentées dans la forme du *sacramentum*, et des actions personnelles destinées à sanctionner l'obligation d'*exhibere* et les obligations de *restituere* dérivant de certains contrats de bonne foi — elles étaient intentées dans la forme de la *judicis postulatio* (Ortolan, Institutes de Justinien, n°s 1872 et 1874). Dans la première hypothèse, une procédure accessoire, l'*arbitrium litis æstimendæ* venait s'ajouter le plus souvent à la procédure principale, l'action réelle

sacramenti; elle avait pour objet d'évaluer la réparation pécuniaire à fournir par le perdant, en possession de l'objet revendiqué, quand il n'exécutait pas l'obligation de restituer qu'il avait dû assumer pour obtenir cette possession. — Ce point est généralement admis. La seule divergence porte sur les cas d'application de l'*arbitrium litis æstimandæ*. Les uns veulent n'admettre son existence qu'en présence de l'impossibilité d'obtenir une restitution en nature *manu militari*, à la suite de l'action *sacramenti* (Accarias, *Précis de Droit romain*); les autres, au contraire (Montagnon, Thèse pour le doctorat, Lyon, 1883), répudiant la possibilité de faire exécuter en nature toute condamnation pendant le système des *legis actiones*, considèrent l'*arbitrium* dont s'agit comme intervenant à raison du simple mauvais vouloir du perdant. Quoi qu'il en soit, l'*arbitrium litis æstimandæ* aboutissait à fournir un simple équivalent pécuniaire en retour de la chose elle-même. De même encore en matière de *judicis postulatio*, la condamnation ne pouvait être que pécuniaire. Qui prouve dès lors que dans certains cas analogues aux cas d'application du *juramentum in litem* de la procédure formulaire, l'équivalent pécuniaire n'était pas déterminé sous serment par le gagnant lui-même ? Ce dernier trouvait ainsi *a posteriori* un moyen de se venger de l'injustice commise à son égard, de même que la *stipulatio pœnæ*, fréquemment usitée à cette époque, fournissait un moyen de se venger de l'injus-

tice *in futurum*. Le *juramentum in litem* serait donc également sous la procédure des *legis actiones* le palliatif du défaut d'exécution en nature, et comme la procédure *per sacramentum* est antérieure à la procédure *per legis postulationem*, c'est en matière d'action réelle *sacramenti* qu'il aurait fait sa première apparition. L'évolution historique du *juramentum in litem* serait alors la suivante :

Né sous la procédure du *sacramentum* en matière d'action réelle, et ce pour sanctionner l'obligation de restituer découlant de la perte du procès dans l'action *sacramenti*, il se serait communiqué à la *judicis postulatio*, laquelle était appelée à sanctionner soit la simple obligation d'*exhibere*, soit les obligations de *restituere*, en matière de contrats de bonne foi. De la procédure des *legis actiones*, il aurait ensuite passé en la procédure formulaire, où il se serait appliqué : 1° en matière d'actions réelles, comme sanction de l'obligation de restituer dérivant, d'abord de la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* en la procédure *per sponsionem*, ensuite de l'*arbitrium judicis* en la procédure *per formulam petitoriam*; 2° et parallèlement en matière d'actions personnelles arbitraires et en matière d'actions de bonne foi sanctionnant l'obligation de restituer ou d'exhiber, tant par continuation de l'usage adopté sous le système de procédure précédent que par l'analogie de la *formula petitoria* et de la formule des actions personnelles dont s'agit. Cette transmis-

sion du *juramentum in litem* de la procédure des *legis actiones* à la procédure formulaire était d'autant plus naturelle que, ainsi qu'il est généralement admis, la possibilité de l'exécution forcée en nature n'existait pas à l'époque formulaire. Le *juramentum in litem* intervenait alors comme stimulant de l'exécution volontaire. Bien entendu, tout ce qui précède n'est présenté qu'à l'état de conjecture, par suite sous toutes réserves.

III. *Emploi du juramentum in litem en matière d'actions de droit strict.*

Le *juramentum in litem*, tel qu'il a été envisagé précédemment, était exclu de pareilles *actions* (L. 5-4°, 6, Dig., liv. XII, t. III). Cette exclusion se justifie par l'absence de *clausula arbitraria* dans la formule de l'action de droit strict : la *condemnatio* suivant sans interruption l'*intentio*. Le *juramentum in litem*, destiné à contraindre moralement le défendeur à l'exécution volontaire de l'*arbitrium judicis* et à dédommager le demandeur de son inexécution, ne pouvait intervenir là où cet *arbitrium* n'existait pas. Cette impossibilité se trouvait d'ailleurs en harmonie avec ce principe qui gouverne les actions de droit strict, à savoir que le juge pour réprimer le dol des parties n'a à sa disposition que les moyens de droit expressément insérés dans la formule.

Le juge, donc, une fois l'exactitude de l'*intentio* vérifiée, devait condamner tout droit le défendeur. La détermination du *quantum* de la condamnation ne souffrait aucune difficulté quand la *condemnatio* avait pour objet *certa pecunia*; la condamnation avait alors pour objet une somme déterminée à l'avance par le magistrat. Que si, au contraire, la *condemnatio* avait pour objet *incerta pecunia*, la tâche du juge était beaucoup moins simple. Le droit reconnu avait besoin d'être liquidé, d'être évalué en argent; car une sentence de condamnation ne saurait avoir pour objet une somme incertaine. La loi romaine se rendant compte des difficultés de cette liquidation voulait que le juge ne la basât que sur des moyens clairs, certains (L. 2, Code, *De in litem jurando*), et ces moyens devaient être fournis par le demandeur (*actori incumbit probatio*); mais du moins ne fallait-il pas par cette exigence faire peser sur le demandeur les conséquences de l'imprudence ou de la faute du défendeur, ne fallait-il pas rendre le demandeur responsable de la destruction de moyens certains d'évaluation imputable au fait de ce dernier; sinon, c'eût été violer la règle : *nemo ex facto alterius prægravari potest*. C'est en pareil cas, comme dernière ressource, que la délation du *juramentum in litem* est possible à l'effet de permettre une évaluation de l'intérêt engagé dans le débat. A l'appui de cette manière de voir, je citerai la loi 5-4°, Dig., liv. XII, t. III. Elle se place dans le cas particulier où il a été stipulé la

dation de Stichus. Le débiteur est mis en demeure d'avoir à effectuer la dation promise, mais postérieurement à cette mise en demeure, Stichus meurt. Le créancier n'a pas pris la précaution de se munir d'une preuve écrite ou testimoniale de la valeur de Stichus. Il agit en justice et prouve l'exactitude de l'*intentio*, par suite son droit à la *condemnatio*. Comment faire pour évaluer le *quantum* de cette *condemnatio*, la *vera rei æstimatio*, dans l'espèce ? Refuser toute évaluation par le juge, et ce pour défaut de moyens, c'eût été rendre le demandeur responsable des conséquences de la perte par cas fortuit de l'objet dû postérieurement à la mise en demeure. Sans cette perte, en effet, le demandeur aurait au jour de la *condemnatio* un moyen bien facile d'évaluer cet objet, à savoir l'expertise. Le débiteur responsable de la perte par cas fortuit survenue après sa mise en demeure, doit être déclaré responsable des conséquences de cette perte, à savoir la suppression de l'expertise comme moyen d'évaluation. Le débiteur sera donc condamné, mais en présence de la disparition de l'objet réclamé et de l'absence de tout moyen pour en démontrer la valeur, ce sera le demandeur qui la fixera sous serment. Le juge s'éclairera de cette fixation comme d'un moyen pour déterminer lui-même la *vera rei æstimatio*, montant de la *condemnatio*.

Sur cette loi je ferai différentes observations :

1° Le motif que je donne à la loi : à savoir ne pas rendre le demandeur responsable du défaut de preuve

où il se trouve par le fait du défendeur permet de sortir des termes de la loi et d'appliquer sa décision, quelle que soit la nature de l'action intentée, quelle que soit également la cause de destruction des moyens de preuve imputable au défendeur. A l'égard des actions autres que les actions de droit strict, cette extension est autorisée non seulement par l'identité de motifs, mais encore par cette raison que le *juramentum in litem*, fonctionnant ici, dans les actions de droit strict, comme moyen d'équité, doit être admis *a fortiori* dans toutes les autres actions plus accessibles à l'équité. En ce qui concerne la cause de la destruction des moyens de preuve, si la loi rend le débiteur responsable de leur perte postérieure à sa mise en demeure, c'est qu'elle considère le fait par le débiteur de ne pas avoir exécuté l'obligation sur la mise en demeure comme une faute, et qu'il doit être déclaré responsable des suites de cette faute, notamment de la perte de l'objet dû, de l'impossibilité de pouvoir recourir à une expertise pour en connaître la valeur. Dès lors toute faute du débiteur, qu'elle provienne ou non d'une mise en demeure, si elle a pour conséquence la suppression de moyens de preuve ouverts au demandeur, et par suite de cette suppression l'impossibilité de prouver le *quantum* d'un droit d'ailleurs établi, doit entraîner la responsabilité du défendeur, partant le *juramentum in litem*. J'en dirai autant du simple fait, en vertu du principe : *nemo ex facto*...

2° La loi ne fait l'application du *juramentum in litem* qu'à la condamnation ayant pour objet la *vera rei æstimatio*, est-ce une raison pour l'exclure de la condamnation ayant pour objet le *quod interest*? Nullement. L'application faite par la loi est commandée par l'espèce choisie, il s'agit ici d'une promesse ayant pour objet la dation d'un corps certain, et on sait que la *condemnatio* issue de pareille promesse se limite à la *vera rei æstimatio*. Raisonner *a contrario* de la loi 5-4° serait donc téméraire, et quand les mêmes raisons de décider se rencontrent, il me paraît rationnel d'étendre la décision de ladite loi à la liquidation de toute *condemnatio* quelle qu'en soit la base. L'espèce citée par la loi 5-4° ne l'est d'ailleurs qu'à titre d'exemple (*veluti...*) et il vaut mieux s'emparer de l'esprit que de l'exemple de la loi pour en déterminer le champ d'application.

3° Le *juramentum in litem* s'appliquant dans l'hypothèse de la loi 5 *in fine*, nous apparaît avec une physionomie toute particulière. Au lieu d'être la répression du dol ou de la *contumacia* du défendeur dans certaines circonstances, il est tout simplement un moyen de preuve destiné à permettre au juge la fixation du *quantum* de la condamnation. Pour son admission, il faut que le fait du défendeur ait détruit les moyens de preuve sur lesquels le demandeur était en droit de compter. Le juge aura donc à vérifier ce premier point. Le *juramentum in litem* une fois admis, son

3

quantum ne s'impose pas au juge. Simple moyen de preuve, le juge est appréciateur en sa conscience de la valeur de la preuve qu'il fournit. Il pourra donc, si le taux fourni par le serment lui paraît peu conforme à la vérité, soit à raison de sa quotité, soit à raison du peu de confiance qu'inspire le demandeur, s'en écarter quelque peu. Cette dernière déduction, résultant des pouvoirs généraux du juge, en matière de preuves, se trouve d'ailleurs confirmée par la fin de la loi 5-4°. C'est le juge qui fait l'estimation et non le demandeur. C'est donc que la fixation du demandeur ne s'impose pas nécessairement au juge.

4° *Historique.* — En ce qui concerne l'historique du *juramentum in litem* de deuxième espèce, je ne saurai trop rien dire. C'est un mode de liquidation des condamnations, mode qui sert de remède à l'impossibilité où se trouve le demandeur par le fait du défendeur de ne pouvoir évaluer autrement le montant de la condamnation. Cette situation du demandeur pouvait se rencontrer quelle que soit la forme de la procédure. Dès lors il serait téméraire de n'assigner pour origine au *juramentum in litem* de deuxième espèce que la procédure formulaire.

ARTICLE III

PAR QUI LE SERMENT DOIT ÊTRE DÉFÉRÉ, A QUI ET CONTRE QUI?

1° *Par qui?* — Par le *juramentum in litem*, soit de première, soit de deuxième espèce, le demandeur est constitué juge en sa propre cause. Par le premier, en effet, le demandeur fixe lui-même sans fournir les éléments à l'appui, le montant de la condamnation. Par le second, il vient apporter au juge, dans son propre intérêt, quelque élément d'évaluation, mais sans en démontrer l'authenticité. Pour que les résultats de pareil serment ne soient pas trop préjudiciables au défendeur, il faut évidemment que le demandeur ait quelque moralité, il faut que son respect de la divinité soit une sauvegarde contre les mensonges et les parjures. Le *juramentum in litem* ne peut donc être un droit dont soit investi de sa propre autorité le demandeur; la prestation du *juramentum in litem*, par lui, ne sera donc possible que si la confiance qu'il inspire permet de le lui déférer. Mais qui sera l'auteur de cette délation? A cet égard, la double nature du *juramentum in litem* commande de faire une distinction.

1° Il s'agit du *juramentum in litem* de première espèce. Ce *juramentum* intervient, comme on le sait, à l'effet de réprimer l'inexécution fautive de l'*arbitrium judicis*. Il aboutit, comme on le sait encore, à charger

le demandeur de l'*æstimatio litis*, en principe réservée au juge. Pour cette double raison : sanction du défaut d'exécution d'un ordre par lui donné, décharge d'une partie de sa tâche sur le demandeur; le juge, intéressé principal et dans les faits motivant le *juramentum in litem*, et dans les suites de ce *juramentum*, seul, aura le droit de le déférer au demandeur. Il serait par trop abusif que la volonté arbitraire d'un tiers vienne le dépouiller d'un droit qu'il tient de la loi.

2° Il s'agit du *juramentum in litem* de deuxième espèce. Ce *juramentum* est un simple moyen de preuve destiné à faciliter la tâche du juge dans l'*æstimatio litis*. Au lieu de dépouiller le juge d'une partie de son *officium*, il lui permet au contraire de s'en acquitter. De cette fonction du *juramentum in litem*, je tire une double conséquence : le juge doit pouvoir déférer le *juramentum in litem* à l'effet de pouvoir remplir sa mission, mais rien ne rend impossible non plus pareille délation par le défendeur. Cette délation n'aboutit pas, comme dans la précédente hypothèse, à restreindre les pouvoirs du juge. Bien plus, elle n'est qu'un cas particulier de la délation du serment judiciaire, fonctionnant *inter partes*.

Ces déductions rationnelles semblent confirmées par les textes.

La loi 4-1°, Dig., liv. XII, tit. III, exige la délation du *juramentum in litem*. Sur ce premier point je suis d'accord avec elle; mais la loi semble n'accorder le

droit de déférer le *juramentum in litem* qu'au juge seul et sans distinguer. Serait-ce là un démenti aux explications précédentes? Je ne le crois pas. La loi 4-1°, ne s'occupe vraisemblablement que du *juramentum in litem* de première espèce; la preuve en est dans les §§ 3 et 4 de la loi 4. Le § 4 vient exclure le *juramentum in litem* à raison de la simple faute du défendeur. Or, cette solution est inapplicable en matière de *juramentum* de deuxième espèce. De même le 3° de la loi 4 se demande si le juge peut s'écarter de la fixation sous serment par le demandeur. Or, cette question, étant donnée la nature du *juramentum* de deuxième espèce, à savoir simple moyen de preuve, ne pouvait s'élever à son égard, l'affirmative étant certaine.

2° *A qui?* — Le *juramentum in litem* destiné à remédier à l'injustice commise par le défendeur, ne peut évidemment être prêté par ce dernier. Sinon, ce serait recourir à un remède purement platonique. Force est donc de le déférer au demandeur (LL. 8, 10, Dig., liv. XII, tit. III), et comme le *juramentum in litem* est déféré *in judicio* (L. 4-2°, Dig., liv. XII, tit. III) ce sera au demandeur *in judicio*, c'est-à-dire à celui qui poursuit la condamnation devant le juge. Cette observation n'est pas sans importance. Les éléments personnels du procès peuvent, comme on le sait, varier avec la plus grande facilité, tant que le *judicium* n'a pas été organisé. Dès lors, telle personne qui comparaît *in judicio* à titre de demandeur, pourra bien n'être

pas le demandeur originaire. Mais suffit-il d'être demandeur *in judicio*? Cette qualité de demandeur *in judicio* peut appartenir aussi bien au titulaire véritable du droit qu'à son simple mandataire *ad litem*. Dès lors, la question posée revient à se demander si le représentant judiciaire, comme le titulaire du droit, peut lui aussi prêter le *juramentum in litem*. L'affirmative avait ses partisans (L. 7, *in* pr., Dig., liv. XII, tit. III), elle était l'opinion commune et s'appuyait probablement sur les deux principes suivants : 1° droit du représentant aux résultats du procès, droit aussi absolu que s'il agissait *proprio nomine*, d'où la qualification de *dominus litis* (L. 22, 23, C., liv. II, tit. XIII), dès lors, les moyens aussi efficaces que le *juramentum in litem* devaient lui compéter ; 2° identité des résultats du procès que le défendeur se trouvât en présence du représentant ou du représenté (Accarias, n° 903, *Précis de droit romain*). Cette identité conduisait également à l'admission du *juramentum in litem*. Néanmoins l'opinion commune avait ses adversaires. Ces derniers soutenaient que seul le demandeur agissant *suo nomine* pouvait prêter le *juramentum in litem* (L. 7. Dig., liv. XII, tit. III). Cette deuxième opinion me paraît plus juridique. Elle fait une brèche, il est vrai, aux idées générales qui précèdent, mais cette brèche est commandée par la nature intime du *juramentum in litem*. Le *juramentum in litem*, en thèse générale, a pour objet d'évaluer le préjudice causé par le défendeur à la personne

représentée par le mandataire *ad litem*. Quel autre que la victime de ce préjudice peut en connaître l'étendue? Exiger du mandataire *ad litem* l'évaluation dont s'agit, serait réclamer de lui l'impossible. Mais, peut-on dire, le mandataire n'a qu'à demander à son mandant ladite évaluation et venir la répéter sous serment devant le juge. Je réponds que cet échappatoire aboutirait à priver le défendeur de sa garantie principale contre les exagérations possibles du *juramentum*. Cette garantie principale consiste dans la possibilité d'agir en parjure. Or d'action en parjure contre le mandataire *ad litem*, il ne saurait être question à raison de sa bonne foi, le parjure impliquant en principe le dol, comme condition de son existence; contre le mandant, de poursuite en parjure pas davantage, il n'a pas en effet prêté serment.

Il ne suffit donc pas d'être demandeur *in judicio* pour prêter le *juramentum in litem*, il faut encore agir *suo nomine*. Tel est le principe posé par la loi 7 *in fine* (Dig., liv. XII, t. III).

Ce principe comporte deux exceptions en sens inverse : il y a un cas où il n'est pas suffisant d'être demandeur *in judicio* et d'agir *suo nomine* pour pouvoir prêter le *juramentum in litem*. Il y en a un autre où il n'est pas nécessaire que ces deux conditions soient remplies.

Le premier cas est celui du pupille plaidant, *tutore auctore*; la loi romaine lui refuse le *juramentum in*

litem (L. 4, pr. Dig., liv. XII, t. III). Pour quelle raison? La loi est muette à ce sujet. Il semble que ce refus dérive de la nature même du *juramentum*. Le caractère religieux du serment n'en impose qu'à une conscience déjà développée. De plus, le *juramentum in litem* intervenant comme mode de la liquidation de la *condemnatio*, est une opération complexe inaccessible à la faiblesse de jugement d'un impubère. Ces deux raisons devaient faire interdire le *juramentum in litem* à l'impubère, d'autant plus que la prestation de ce serment avait lieu sans le consentement du défendeur. Rien n'était plus équitable dès lors, que de supprimer le *juramentum* dans les cas où il pouvait être désastreux pour le défendeur, et n'était même pas susceptible d'être ramené aux proportions de la vérité par la menace d'une action en parjure, la loi romaine déniant pareille action à l'encontre d'un impubère (L. 26, pr. Dig., liv. XII, t. II).

Au delà de la puberté, la loi romaine reconnaissait la possibilité pour le demandeur de jurer *in litem* (L. 4, pr. Dig., liv. XII, t. III). Le pubère a, en effet, en général, la maturité d'esprit demandée par pareil serment. De plus, il est passible des peines du parjure (Arg., L. 26). Que si sa maturité d'esprit n'est pas suffisante à raison de son jeune âge, et qu'il se trouve lésé par la prestation de son serment, la loi romaine, en ouvrant la ressource de l'*in integrum restitutio* contre les actes judiciaires, permettait au mineur de vingt-cinq ans de

se faire relever des conséquences de son serment.

J'en arrive au cas où il n'est pas nécessaire pour prêter serment d'être demandeur *in judicio* et d'agir *suo nomine*, mais où la simple qualité de demandeur *in judicio* suffit. C'est celui où il s'agit d'un tuteur ou d'un curateur représentant dans un procès leur pupille ou leur mineur de vingt-cinq ans. La loi romaine leur permet de prêter le *juramentum in litem*. Cette dérogation aux principes se justifie par différents motifs :

1° Motif de protection de l'incapable. — En ce qui concerne l'impubère, ce motif est évident : l'impubère agissant *proprio nomine*, ne peut jurer *in litem* à cause de sa faiblesse d'esprit ; eh bien ! le tuteur pourra du moins en agissant au nom de son pupille, lui procurer le bénéfice du *juramentum in litem*. A l'égard du mineur devenu pubère et pourvu d'un curateur, cette nécessité de permettre le *juramentum* à son curateur par protection pour l'incapable n'existait pas, le pubère pouvant prêter serment (fin du princip. de la loi 4, Dig., liv. XII, t. III). Toutefois, cette faculté lui fut donnée probablement pour cette raison que la curatelle, depuis Marc-Aurèle, fonctionnait normalement comme le prolongement obligatoire de la tutelle (Accarias, t. I, n° 168). Rien d'étonnant, dès lors, à ce que se rencontrent des règles communes dans les deux institutions.

2° En matière de tutelle comme de curatelle, le principe était chaque fois qu'il s'agissait d'un acte ac-

compli par le tuteur ou le curateur dans l'intérêt de l'incapable, de considérer ces représentants légaux comme les maîtres de l'affaire (L. 7-3°, Dig., liv. XLI, t. IV; L. 56-4°, Dig., liv. XLVII, t. II). Cette considération devait conduire à leur permettre le *juramentum in litem*.

3° Mais, par cette délation possible du *juramentnm in litem* au tuteur, au curateur, n'allons-nous pas rendre le défendeur victime d'un serment prêté à l'aveugle par le demandeur? L'estimation de l'objet du débat n'exige-t-elle pas, en effet, pour être exacte la qualité de demandeur *suo nomine*? Oui, en principe, mais le tuteur, mais le curateur sont ici dans une situation spéciale. Leur mandat légal n'est pas, comme dans l'hypothèse d'un simple mandat *ad litem*, borné à la représentation du titulaire du droit dans le procès intenté. L'exiguité de ce mandat, et sous le rapport de l'étendue et sous le rapport de la durée, ne permet pas au représentant judiciaire d'avoir tous les renseignements désirables sur la valeur du droit réclamé, sur son intérêt à l'égard du représenté. Le tuteur, le curateur, ont par la durée de leur mandat, tout le temps désirable pour se mettre au courant des affaires de leur administré, examiner les papiers. Il leur sera donc facile le plus souvent d'avoir les renseignements précités, de prêter par suite un serment en connaissance de cause. Cette dernière raison doublée du désir de protéger les incapables, explique la faculté pour les tu-

teurs et curateurs de prêter le *juramentum* au nom de leurs mineurs. Pareil serment ne sera d'ailleurs pas trop préjudiciable au défendeur; la loi romaine recommandant expressément aux tuteurs et aux curateurs de prendre pour taux de leur serment l'intérêt particulier de l'incapable. Les choses se passeront donc comme si l'incapable devenu capable par la pensée avait prêté lui-même le *juramentum*.

Les explications qui précèdent sont tirées de la loi 4 pr., Dig., liv. XII, t. III et de son commentaire par les Basiliques, liv. XXII, titre VI, n° 4. — Pour les compléter, je ferai une dernière observation sur la modification apportée par certains rescrits impériaux à la situation des tuteurs et des curateurs. Cette modification nous est révélée par la loi 4. Jadis c'était une nécessité pour les tuteurs et curateurs agissant au nom de leurs incapables de jurer *in litem* (*cogendos*...) Pourquoi cette nécessité? Probablement dans un intérêt de protection de l'incapable. La sanction de cette obligation de jurer *in litem* ne pouvait être qu'une action en justice. C'était certainement l'action *directa tutelæ* ou *negotiorum gestorum utilis*, c'était peut-être également l'action *suspecti crimen* (argument de la loi 7-1°, Dig., liv. XXVI, titre X). Il y avait quelque chose d'exorbitant à montrer tant de rigueur à l'égard des tuteurs et curateurs. C'était les contraindre le plus souvent à prêter un serment à l'aveugle. Pareil serment pouvait alors présenter une exagération et exposer par suite à une ac-

tion en parjure. Les tuteurs et curateurs étaient ainsi placés entre deux écueils. Leur situation était bien pénible d'autant plus pénible que la tutelle, la curatelle, étaient une charge très lourde, fonctionnant exclusivement, au moins vers le milieu de l'époque classique, dans l'intérêt d'autrui. Aussi des rescrits impériaux se relâchèrent de cette sévérité. Ce fut une simple faculté et non plus une obligation pour les tuteurs et curateurs de prêter le *juramentum in litem* (L. 4. pr., Dig., liv. XII, t. III). N'y avait-il pas dans cette nouvelle législation un excès d'indulgence en faveur des tuteurs et curateurs? Pourquoi ne pas leur imposer ce *juramentum* dans le cas où ils sont à même de le prêter en connaissance de cause? Pareille obligation eût encore été trop dure. Dans la crainte de la possibilité d'une action en responsabilité motivée par cette connaissance prétendue, les tuteurs ou curateurs eussent toujours été amenés à jurer *in litem* même sans cette connaissance. On arrivait dès lors indirectement, à faire encore du *juramentum in litem* une obligation pesant sur eux dans tous les cas, à les obliger par suite à s'exposer malgré la plus grande bonne foi au péril d'une poursuite en parjure. Force était donc de s'en remettre aux tuteurs ou curateurs du soin de prêter le *juramentum*, si bon leur semblait.

3° *Contre qui le juramentum in litem se prête?*—Contre le défendeur. Ce n'est pas contre tout défendeur que le *juramentum in litem* est possible; c'est contre celui qui

se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes : 1° ou bien il a refusé d'exécuter l'*arbitrium* du juge, ou s'est mis par son dol dans l'impossibilité d'y satisfaire ; 2° ou bien, par son fait, il a supprimé des éléments d'estimation de l'objet du débat, sur lesquels le demandeur était en droit de compter.

L'application de ces principes ne souffre aucune difficulté, quand le défendeur agissant *suo nomine* s'est rendu lui-même l'auteur des faits motivant le *juramentum in litem*. Mais, *quid*? quand le demandeur est en présence d'un mandataire *ad litem*? *Quid*? quand il est en présence des héritiers de celui qui a rendu par son dol toute exécution de l'*arbitrium* impossible ou a supprimé les éléments de preuve?

1° Le demandeur est en présence d'un mandataire *ad litem*. Les choses doivent se passer comme si au lieu d'avoir pour adversaire le représentant, le demandeur avait le représenté. Il serait par trop inique, en effet, que la constitution d'un mandataire *ad litem* par son adversaire, constitution qui s'impose à lui quand elle est régulière, lui préjudiciât. Les textes du Digeste révèlent l'exactitude de ce résultat. Je n'en veux d'autre preuve que le fragment suivant (L. 51-1°, Dig., liv. III, tit. III) : « Quoniam tamen defendere est eam« dem vicem quam reus subire », il y a identification entre la personne du représenté et la personne du représentant.

2° Le demandeur est en présence des héritiers de

celui qui, par son dol, a rendu impossible l'exécution de l'*arbitrium* du juge à intervenir. Devons-nous rendre les héritiers responsables du dol de leur auteur, de manière à les soumettre aux conséquences du *juramentum in litem*.

La question ne peut se poser évidemment que dans les cas où les héritiers sont responsables du dol de leur auteur. Il s'agit, par exemple, de l'action *depositi directa*, de l'action *tutela directa*. Il est de principe que par ces deux actions, les héritiers sont tenus du dol commis par leur auteur, comme cet auteur lui-même (L. 7-1°, Dig., liv. XVI, tit. III; LL. 12 et 49, Dig., liv. XLIV, tit. VII; L. 8-1°, Dig., liv. XXVII, tit. VII). Devons-nous appliquer ce principe en matière de *juramentum in litem* accessoire à l'action *depositi directa*, *tutelæ directa*. » Je ne le crois pas. Le *juramentum in litem* se détache après tout des différentes actions qui l'admettent. Il n'est donc pas bien certain que les principes qui régissent l'action, régissent également le *juramentum in litem*. De plus, la qualification donnée par quelques textes au *juramentum in litem* (*pœna*) révèlent son caractère pénal, par suite, son application exclusive au coupable, soit de la désobéissance à l'ordre du juge, soit du dol, cause de l'impossibilité d'exécuter. La loi 2, *in fine*, Dig., liv, XII, tit. III, peut être invoquée en faveur de cette opinion. De même de la loi 68, Dig., liv. VI, tit. I. Ces deux lois se placent dans l'hypothèse d'un *juramentum in litem*

destiné à réprimer le dol ou la *contumacia* personnels au défendeur. De plus, en matière d'action *tutelæ directa* intentée contre les héritiers du tuteur, il est dit expressément que le *juramentum in litem* n'est possible qu'à raison, non pas du dol du tuteur, mais du dol personnel aux héritiers (L. 5, C., liv. V, tit. LIII; L. 4, pr., Dig., liv. XXVII, tit. VII). La question est donc tranchée.

A l'impossibilité par le demandeur d'exercer le *juramentum in litem* contre le défendeur à raison du dol de son auteur, il convient d'apporter un tempérament puisé dans les règles de la *translatio judicii* en matière de procédure formulaire. Il est de principe que pareille translation ne change rien, en règle générale, au caractère primitif et aux effets du *judicium* qui, comme le dit Alfenus, dans un texte magistral, très visiblement inspiré par les doctrines stoïciennes (L. 76, *De judiciis*, Digeste), reste exactement ce qu'il était auparavant. Appliquant cette idée générale au cas de *mutatio partis*, nous en déduirons que le demandeur admissible en vertu de la formule originaire, à prêter le *juramentum in litem* à raison du dol de son adversaire, conservera le même privilège quand, dans l'instance, son adversaire primitif aura été remplacé par ses héritiers. Le dol du *de cujus*, dans ce cas particulier, rend donc le *juramentum in litem* possible à l'égard des héritiers.

3° Il s'agit des héritiers de l'auteur de la suppression

d'un mode de preuve sur lequel le demandeur était en droit de compter. Ici le *juramentum in litem* n'a rien de pénal. C'est un moyen d'éclairer le juge. On ne voit pas pourquoi le décès du *de cujus* priverait le demandeur de la possibilité de prêter le *juramentum in litem* contre ses héritiers.

ARTICLE IV

SUR QUOI PORTE LE « JURAMENTUM IN LITEM? »

Cela dépend de la nature de l'action intentée, cela dépend également du rôle joué par le *juramentum in litem*.

1° *De la nature de l'action.* — La *condemnatio* de l'action a-t-elle pour objet le *quod interest*, le *juramentum in litem* pourra porter sur le *quod interest* ; a-t-elle simplement pour objet la *vera rei æstimatio*, le *juramentum in litem* portera sur cette *vera rei æstimatio* (L. 10, Dig., liv. XII, tit. III ; L. 5, *in fine*, même titre).

2° *Du rôle joué par le juramentum in litem.* — 1° Il s'agit du *juramentum in litem* de deuxième espèce ; comme il est destiné à suppléer une preuve qui fait défaut, ce sera seulement dans les limites où cette preuve manque, que le *juramentum in litem* interviendra. Le *juramentum in litem* pourra donc ne pas porter sur tous les éléments d'évaluation de la *condemnatio*, mais sur ceux-là seuls qui font défaut. A l'appui de cette manière de voir, je puis citer la loi 3, Dig.

liv. XII, tit. III. Il s'agit dans cette loi d'un dépôt régulier (argument des mots : *numos sibi redditos esse*) portant sur des pièces de monnaie ; le demandeur agit en restitution du dépôt ; la loi suppose vraisemblablement que les deniers déposés ont disparu depuis la mise en demeure du dépositaire. On en connaît d'ailleurs le nombre. D'ordinaire le *juramentum in litem* eût été ouvert au demandeur à l'effet de permettre au juge l'évaluation de la *litis æstimatio* (L. 5-4°, *in fine*), mais s'agissant ici de choses déposées dont on connaît la valeur, le demandeur n'aura pas besoin de prêter le *juramentum in litem* à l'effet de la déterminer. Au contraire, pareil *juramentum in litem* pourra intervenir à l'égard des dommages, conséquences de la non restitution du dépôt, et qui difficilement pourraient être prouvés (L. 3, *in fine*). Que la loi se réfère au *juramentum in litem* de deuxième espèce, je n'en veux d'autre preuve que le motif qu'elle indique à l'effet d'écarter le *juramentum in litem* (*quum certa, sit numorum æstimatio*) : la valeur des deniers se trouve déterminée *hic et nunc* par la preuve du contrat, dès lors il n'est plus besoin de ce chef du *juramentum in litem*. C'est donc qu'il s'agit bien du *juramentum in litem* de deuxième espèce. D'ailleurs le *juramentum* de première espèce, pour intervenir, suppose comme condition essentielle, une désobéissance à l'*arbitrium* du juge, ou une inexécution de cet *arbitrium* imputable au dol du défendeur. Or, la loi ne révèle pas l'existence

de ces circonstances. 2° Il s'agit au contraire du *juramentum in litem* de première espèce, de celui-là intervenant comme remède de l'inexécution en nature. Ce sera dans les limites où cette inexécution en nature a eu lieu qu'interviendra le *juramentum in litem*. Ces limites peuvent se trouver encore resserrées ; il y a des cas, en effet, où on ne peut pas raisonnablement considérer cette inexécution en nature comme portant un grief sérieux au demandeur. Ce sera dès lors le juge, s'il a à sa disposition les moyens de liquidation correspondants (sinon on retomberait sur le *juramentum in litem* de deuxième espèce), qui fera la *litis æstimatio* de ce chef. Il s'agira, par exemple, d'un dépôt régulier portant sur une somme d'argent; le juge intime au dépositaire d'avoir à restituer; le dépositaire s'y refuse. A raison de ce refus il n'y aura pas lieu de déférer au demandeur le *juramentum in litem*. Toutes les pièces de monnaie ont une valeur égale, et peu importe que le dépositaire restitue au déposant les deniers à lui confiés, ou que le déposant armé de la condamnation poursuive le recouvrement de leur valeur sur les biens du dépositaire.

ARTICLE V

TAUX DU JURAMENTUM IN LITEM

Depuis l'époque des glossateurs une opinion commune prétend que régulièrement, dans la prestation du

juramentum in litem, le demandeur a le droit de prendre en considération non pas simplement son intérêt pécuniaire engagé dans le procès, mais encore la valeur d'affection se rattachant à l'objet du débat (*ius-jurandum in litem affectionis*); ces bases d'évaluation de la condamnation seraient applicables chaque fois qu'il s'agit du *juramentum in litem* de première espèce. S'agissant au contraire du *juramentum in litem* de deuxième espèce, le demandeur devrait faire abstraction de toute valeur d'affection (*jusjurandum veritatis*).

Ce système argumente de l'antithèse qu'établissent certains textes, entre la *rei æstimatio*, le *quod interest*, c'est-à-dire la quotité exacte de l'intérêt engagé dans le débat et la fixation émanée du *juramentum in litem* (L. 2-1°, 8, Dig., L. XII, t. III). Cette antithèse révèle, dit-on, une différence dans le *quantum*. Bien plus, la loi 1, Dig., livre XII, t. III reconnaît expressément que l'admission du *juramentum in litem* produit une majoration de la condamnation ; c'est donc que dans la détermination de cette condamnation par le *juramentum*, d'autres considérations que le véritable intérêt interviennent. Quelles peuvent être ces considérations si ce n'est la valeur d'affection? D'ailleurs, les expressions *jurare in infinitum licet* (L. 4-2°, Dig., liv. XII, tit. III), conviennent parfaitement à la prise en considération de cette valeur d'affection. La loi reconnaît la possibilité pour le *juramentum in litem*, d'atteindre un

taux illimité. C'est bien le cas de la valeur d'affection. Il y a donc un *jusjurandum in litem affectionis*. Ce *jusjurandum* ne s'applique qu'au *juramentum in litem* de première espèce ; les textes qui mentionnent l'antithèse précitée en font foi ; ils supposent exclusivement un défendeur qui par son dol ou sa mauvaise volonté ne restitue ni n'exhibe (L. 1, Dig., liv. XII, tit. III ; L. 10, 8, *ibid.*). Cette opinion, d'ailleurs, n'a rien de déraisonnable. Le *juramentum in litem affectionis* destiné à réprimer la mauvaise volonté ou le dol, *non restituentis vel non exhibentis*, se conçoit parfaitement. Il s'agit du cas particulièrement grave où le défendeur aboutit, grâce au mécanisme du système formulaire à une expropriation calculée du demandeur. Le demandeur doit obtenir une réparation éclatante du préjudice qu'il souffre. Permettons-lui donc de faire entrer en ligne de compte dans le montant de la condamnation, la valeur d'affection de la partie du patrimoine dont il est exproprié. Il doit en être différemment en matière de *juramentum in litem* de deuxième espèce. Là, il s'agit de permettre au juge une évaluation de la condamnation sur les bases ordinaires. Or, ces bases excluent toute prise en considération de la valeur d'affection. Le *juramentum in litem* lui-même pour atteindre son but, doit donc lui aussi la laisser de côté.

Cette première opinion se heurte à des objections

particulièrement graves qui doivent conduire à l'écarter :

1° Il est de principe (1) en droit romain, que dans

(1) Ce principe qui est l'opinion commune a néanmoins ses adversaires. Certains auteurs, notamment M. de Savigny (*Systèm. des Leutigen Rœm Rechts*, t. V, p. 466) prétendent que dans les actions de bonne foi, le juge est autorisé à prendre en considération l'intérêt d'affection dans la détermination du *quantum* de la *condemnatio*. Ils argumentent principalement d'un passage de la loi 54, pr. Dig., liv. XVII, tit. I, « *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam* » ; mais il y a là un usage abusif des expressions du jurisconsulte. Sans doute, ce passage révèle que dans les actions de bonne foi, on prend en considération la simple affection, mais est-ce aussi à l'effet de déterminer le *quantum* de la condamnation ? Le vague des expressions employées ne permet pas de l'affirmer ; d'autant plus que la loi s'occupe non pas des résultats d'une action intentée, mais de l'exercice de cette action. Il est alors naturel d'en conclure que c'est seulement en matière d'exercice d'action que le simple intérêt moral est suffisant. La loi ne fait alors que répéter ce qui est appliqué ailleurs (L. 35, Dig., liv. IV, tit. IV; 6, pr. Dig., liv. XVIII, tit. VII; 71, Dig., liv.XXI, tit. II ; 36, Dig., liv. XXXVIII, II; 16-1°, Dig., liv. XLIII, tit. XXIV). Cette déduction se trouve d'ailleurs confirmée par les différents textes du Digeste qui, statuant en termes absolument généraux, répudient la prise en considération de la valeur d'affection pour la détermination de la valeur des objets (L. 63, pr. Dig., liv. XXXV, tit. II, L. 6-2°, Dig., liv. VII, tit. VII). Bien plus, certains textes statuant sur la condamnation à intervenir à la suite d'une action de bonne foi, exigent absolument un intérêt pécuniaire comme base de la condamnation (L. 7, Dig., liv. XIX, tit. V).

la détermination du *quantum* de la condamnation, dans sa liquidation, le juge n'a pas à tenir compte de la valeur d'affection. Pourquoi ne pas soumettre le demandeur, dans la prestation du *juramentum*, à l'application de ce principe? Qu'est-ce que ce *juramentum in litem*, si ce n'est la liquidation de la *condemnatio* par le demandeur lui-même? Le demandeur fait dans ce cas l'office du juge, par délégation de ce dernier, il est logique d'en conclure que le délégué est soumis aux mêmes règles que le délégant. Cette conclusion est plus juridique que celle qui permettrait au demandeur de s'écarter des règles ordinaires de la liquidation de la *condemnatio*. Cette dernière aboutirait en effet, dans une matière exceptionnelle, à consacrer une nouvelle exception aux principes généraux du droit.

2° Mais les expressions : *jurare in infinitum licet.* Comment les expliquer, indépendamment de la prise en considération de la valeur d'affection? De la façon suivante : ces expressions signifient non pas que le serment peut atteindre un taux illimité (1), mais que le demandeur peut estimer sous serment la valeur de l'objet de la contestation sans être soumis à une limite déterminée à l'avance par le magistrat. Il y a ici une allusion au contexte de la formule dans les actions admettant le *juramentum in litem*. La *condemnatio* dans les formules d'actions romaines était, comme on le

(1) La loi se sert, en effet, de l'expression *immensum* pour faire allusion à l'exagération possible du *juramentum*.

sait, soit *certa*, soit *incerta;* la *condemnatio incerta* se présentait elle-même sous deux formes très différentes : tantôt elle contenait une *taxatio*, c'est-à-dire un maximum que le juge pouvait bien ne pas atteindre, mais qu'il ne saurait pas dépasser, tantôt elle était *infinita* (Gaius, Comment., IV, 51°). Eh bien ! dans les *condemnationes incertæ* correspondant aux actions de bonne foi ou aux actions arbitraires, le magistrat n'insérait aucune *taxatio*, quand pareilles actions permettaient le jeu du *juramentum in litem*. La *condemnatio* était *infinita;* d'où les expressions : *jurare in infinitum*. L'absence de *taxatio* dans les formules don s'agit, se trouve démontrée par la loi 18 pr., Dig., *De dolo malo* : « Arbitrio judicis in hac quoque actione « restitutio comprehenditur, et nisi fiat restitutio, se- « quitur condemnatio quanti ea res est : ideo autem, « et hic, et in metus causa actione certa quantitas non « adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti « reus condemnari quanti actor in litem juraverit ; sed « officio judicis debet in utraque actione taxatione « jusjurandum refrenari. » Qu'il n'y ait pas de *taxatio* dans la formule, cela me paraît démontré jusqu'à l'évidence et par la fin du *principium* et par les expressions dont se sert la loi (*certa quantitas non adjicitur*); il s'agit d'une partie accessoire de la formule, *adjectio*, qui précisément fait défaut quand il y a lieu à *juramentum in litem*. La loi ne s'occupe, il est vrai, que de l'action de dol et de l'action *quod metus causa*. Mais le motif qu'elle donne

de sa décision à savoir possibilité d'élever la *condemnatio* au taux du *juramentum in litem*, doit la faire étendre aux cas analogues. Ce résultat, d'ailleurs, se trouve en harmonie avec le § 51 (Gaius, Comment., IV); ce paragraphe constate la qualité *infinita* de la *condemnatio* en matière d'action *in rem* ou *ad exhibendum* ; or pareilles actions admettent, comme nous le savons, le *juramentum in litem* (1).

3° Mais enfin, comment expliquer la majoration possible de la *condemnatio*, en l'absence de tout intérêt d'affection, par l'effet du *juramentum in litem* ? Le plus facilement du monde. Sans doute, les bases d'évaluation de la condamnation sont les mêmes pour le juge ou pour le demandeur. Tous les deux feront abstraction de la valeur d'affection pour ne prendre en considération que la valeur véritable. Mais si la règle est la même, les résultats de son application sont nécessairement différents. Le juge, spectateur impassible, impartial d'un débat, arrive à connaître, à déterminer la valeur intrinsèque, objective de l'objet de la prétention. Le demandeur courroucé par la résistance injuste de son adversaire, cédant d'ailleurs à l'habitude où nous sommes d'exagérer la valeur de ce qui nous ap-

(1) Le caractère indéfini du *juramentum in litem* provenant de l'absence de *taxatio* dans la formule persistait jusqu'au bout de la procédure. Ulpien (L. 4-2° Dig., liv. XII, t. III) se pose la question de savoir si le juge avait le pouvoir, soit de fixer à ce serment un maximum à l'avance, soit de le modérer après coup. C'est donc qu'à son époque le *juramentum in litem* échappait à toute limitation émanant du juge.

partient, n'arrivera, lui, qu'à la fixation d'une valeur subjective. Cette valeur subjective sera nécessairement, eu égard aux circonstances qui accompagnent sa fixation, supérieure à la valeur véritable, à la valeur objective. Voilà ce qui explique la majoration possible de la *condemnatio* par l'effet du *juramentum in litem*. Point n'est besoin, comme on le voit, de faire intervenir la valeur d'affection. D'ailleurs, et en anticipant quelque peu sur les explications qui vont suivre, la prise en considération de la valeur d'affection par le demandeur est absolument incompatible avec la possibilité d'un contrôle par le juge sur le taux du *juramentum in litem*; or il a été admis, au moins à une certaine époque, que ce contrôle était possible.

ARTICLE VI

POUVOIR MODÉRATEUR DU JUGE EN MATIÈRE DE JURAMENTUM IN LITEM

Juramentum de deuxième espèce. — Les pouvoirs modérateurs du juge dérivent de la nature même de ce *juramentum*. C'est un simple moyen de preuve que la loi met à la disposition du juge à l'effet de lui permettre la liquidation de la condamnation. Émané de l'initiative du juge, ce moyen doit pouvoir être gouverné par lui de façon à fournir les résultats les plus sincères, les plus conformes à la vérité. Par suite, si dans l'intérêt de la vérité le juge croit bon de prendre quelques pré-

cautions contre les exagérations possibles du demandeur, en procédant de la sorte, il n'outrepasse pas ses pouvoirs, il ne fait que s'y conformer. Il pourra donc, se méfiant du peu de délicatesse du demandeur, lui assigner une limite qu'il ne pourra pas dépasser dans la prestation de son serment. De cette façon, l'écart entre la vérité et le résultat du serment pourra être réduit à un minimum. De plus, et toujours en argumentant de la nature du *juramentum in litem*, le juge pourra également réduire après coup le taux de ce serment. Simple mode de preuve dont se trouve investi le demandeur par la délation du juge, ce dernier sera appréciateur en sa conscience de la valeur de la preuve qu'il fournit. Il pourra donc, si le taux fourni par le serment lui paraît peu conforme à la vérité, soit à raison de sa quotité, soit à raison d'autres circonstances s'en écarter quelque peu. A *fortiori* si des preuves certaines viennent le convaincre de l'exagération du *juramentum*. Ces pouvoirs modérateurs du juge sur les résultats du *juramentum* de deuxième espèce sont implicitement reconnus par la fin de la loi 5-4°, Dig., *De in litem jurando*. C'est le juge qui fait la liquidation, et non le demandeur; c'est donc que l'estimation sous serment du demandeur ne s'impose pas nécessairement au juge.

Juramentum de première espèce. — Ici le *juramentum in litem* nous apparaît avec une physionomie particulière. C'est la délégation faite au demandeur par le

juge d'une partie de sa tâche à l'effet de pouvoir se venger du défendeur. Cette délégation ne s'impose pas au juge (LL. 4-2°, 5-2°, Dig., liv. XII, t. III; 2, Code, liv. V, tit. LIII). Si, en effet, c'eût été une obligation pour lui de déférer le serment au demandeur quand d'ailleurs les conditions ordinaires de sa délation sont remplies, la vengeance de l'injustice soufferte eût pu devenir un abus exercé par un demandeur exalté, sans conscience. Il y aurait eu disproportion entre l'injustice soufferte et la réparation. Sans doute, dans un état antérieur du droit romain, cette disproportion n'aurait pas paru trop choquante. On voulait assurer à tout prix la vengeance de la partie lésée. Mais bientôt le droit romain tendit de plus en plus à abandonner, dans la poursuite du redressement d'une injustice, l'idée de la vengeance, l'idée de la peine, pour lui substituer la simple idée de réparation du dommage éprouvé. A l'appui de ce changement, je ne citerai qu'un exemple, celui de la *lex Aquilia*. « Une action de délit tendant à « la simple réparation du dommage était, dit M. Ihering « (*De la faute en droit privé*), chose inconnue au droit « romain ancien; toutes ces actions tendaient à une « peine au moins au double. Eh bien! la loi Aquilia, « rompant avec les idées anciennes, établissait comme « équivalent du *damnum injuria datum* la simple valeur « de la chose pendant la dernière année ou le dernier « mois. Elle ne donnait donc jamais que la simple « réparation du dommage. Le préteur se bornait rigou-

« reusement à cette même réparation dans la plupart « des actions pénales qu'il introduisit de son chef. « Encore l'époque nouvelle couvrît-elle ces actions « d'une autre défaveur en les soumettant à la prescrip- « tion d'une année, tandis que les actions pénales de « l'ancien droit étaient *perpetuæ*. » Le *juramentum in litem* devait, lui aussi, être gagné par cette transformation des idées juridiques. Jadis c'était une peine mettant le coupable à la discrétion du lésé. A l'époque classique, il devient plutôt un moyen abréviatif de preuve qu'une peine. Cette évolution n'a eu lieu que lentement. A l'époque d'Ulpien, on proclame, comme je l'ai dit en commençant, et d'une manière absolue, le caractère facultatif et non pas obligatoire de la délation du serment (LL. 4-2°, 5-2°, Dig., liv. XII, tit. III; 2, Code, liv. V. tit. LIII). De cette façon le juge ne fera usage du *juramentum in litem* qu'en présence d'un demandeur modéré dont l'estimation sera, selon toute probabilité, sensiblement égale au dommage éprouvé. Mais enfin cette prévision peut être démentie; le demandeur peut exagérer son estimation. C'est alors qu'à titre de mesure préventive, Ulpien reconnaît au juge la possibilité de fixer à l'avance un maximum au *juramentum*. Cette reconnaissance se borne dans le texte d'Ulpien au *juramentum* fonctionnant près des actions de bonne foi; ces actions par leur nature répugnent, en effet, plus que toute autre à l'exagération

du serment (1). La réforme d'Ulpien ne se borna pas à l'établissement d'un maximum préventif. Il admet, cette fois, d'une manière générale, dans la même loi, que le juge peut après coup réduire le *juramentum*, mais ce n'est qu'à raison d'un motif grave que pareille réduction est possible; il faut vraisemblablement une grande exagération basée non pas sur des présomptions, mais sur des preuves certaines.

Ces adoucissements de *juramentum in litem* trouvèrent bientôt un écho. La fixation à l'avance d'un maximum par le juge, s'étendit des actions de bonne foi à leurs voisines, les actions arbitraires *in personam*. Ulpien lui-même relate cette extension en matière d'action *ad exhibendum* (L. 3-2°, Dig., liv. X, t. IV). Paul, en

(1) Ulpien n'ose pas invoquer à l'appui de sa solution, la possibilité où se trouve le juge de ne pas déférer le serment. Sans doute, on serait tenté d'argumenter de la façon suivante. Le juge peut ne pas déférer le serment, *a fortiori* doit-il pouvoir le déférer, resserré dans certaines limites. Il n'y a alors qu'une délation partielle du serment et non pas une suppression. Qui peut plus, peut moins. Ce raisonnement n'est pas bon. La possibilité pour le juge de fixer à l'avance un maximum au serment, sacrifie plus les droits du demandeur que l'absence de délation. Dans ce dernier cas, en effet, le juge tenu à faire lui-même l'évaluation de la condamnation, arrivera à l'appréciation exacte du dommage. Dans le premier cas, au contraire, le maximum imposé à l'avance, fixé quelque peu à l'aveugle, pourrait risquer d'être au-dessous de la vérité, et le demandeur, n'osant réclamer la *litis æstimatio* par le juge, dans la crainte de souffrir de son mécontentement, serait obligé moralement de le subir.

matière d'action de dol et d'action *quod metus causa* (L. 18, pr., Dig., liv. IV, t. III). Dans ces trois actions, les jurisconsultes semblent faire une obligation au juge de la détermination de ce maximum. Peut-être, est-ce là une interpola'ion des compilateurs du Digeste, interpolation très vraisemblable, car le caractère obligatoire de cette détermination est quelque peu contradictoire avec la réserve d'Ulpien dans la loi 4-2°, Dig., liv. XII, t. III, et Paul est à peu de chose près contemporain de ce jurisconsulte. Peut-être n'y a-t-il aucune interpolation, et cette nouvelle modification du *juramentum in litem*, auprès des trois actions précitées, conforme d'ailleurs avec l'exclusion de l'idée de vengeance dans la réparation de l'injustice soufferte, s'explique par la facilité pour ces trois actions de s'adapter aux idées nouvelles. En matière d'action *ad exhibendum*, cette facilité se trouve accusée par l'élargissement du cercle d'application de cette action, réalisé par la théorie classique (Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 1012) ; en matière d'actions de dol et *quod metus causa*, elle dérive de leur caractère prétorien.

Quoi qu'il en soit, à l'époque d'Ulpien, on n'avait pas encore reconnu la possibilité pour le juge de fixer à l'avance un maximum au *juramentum in litem*, en matière d'action en revendication (L. 68, pr. Dig., liv. VI, t. I), pareille action s'écartant plus que les actions arbitraires *in personam* des actions de bonne

foi. Mais Marcien en arrive bientôt à poser le principe de la *taxatio judicis*, indistinctement en matière de toutes actions.

A l'égard de la réduction après coup du *juramentum in litem* nous assistons à un progrès analogue. Ulpien n'autorisait la réduction que pour des motifs graves. Marcien ne fait pas mention de cette condition. Toutefois, le juge qui eût imposé une réduction arbitraire, eut évidemment manqué à ses devoirs. Tout au moins fallait-il qu'il se basât sur des présomptions ou des preuves fournies par le défendeur.

ARTICLE VII.

SITUATION DU DÉFENDEUR QUAND LE DEMANDEUR A PRÊTÉ UN JURAMENTUM IN LITEM EXAGÉRÉ ET QUE CE JURAMENTUM A ENTRAINÉ PAR VOIE DE CONSÉQUENCE UNE CONDAMNATION EXAGÉRÉE.

Le défendeur a-t-il quelque moyen de droit à l'effet d'appeler à nouveau l'attention sur l'estimation faite par le demandeur et ce, à l'effet d'obtenir soit une réduction de la condamnation prononcée contre lui, soit à supposer la condamnation devenue définitive, une réparation du préjudice dont l'exagération du serment a pu être la cause? Cette question ne peut se résoudre qu'en ayant présente à l'esprit la nature intime du *juramentum in litem*? S'agit-il du *juramentum in litem* de première espèce, c'est, avons-nous vu, l'évaluation

de la condamnation faite par le demandeur lui-même, à la suite du dol ou de la résistance du défendeur, ce dol ou cette résistance intervenant dans des circonstances particulières. Cette évaluation si l'on se rappelle l'évolution historique du *juramentum in litem* a eu successivement un double but : 1° le premier fut de permettre la réparation du dommage éprouvé et d'infliger en même temps une punition au défendeur; 2° le second fut simplement de faciliter la preuve du demandeur à l'effet de démontrer la quotité du dommage éprouvé, l'idée de peine tendant à disparaître. Il ressort de là évidemment que pour atteindre le but poursuivi dans sa première phase, le *juramentum in litem* devait être difficilement accessible à la critique du défendeur. C'eût été aller à l'encontre de ce but que de permettre au défendeur de se plaindre de l'exagération du *juramentum in litem*, de pouvoir le ramener aux proportions exactes de la vérité, d'autant plus que c'était par le dol de son adversaire que le demandeur avait été amené à prêter ce serment. Aussi, de même que le pouvoir de contrôle du juge à cette époque sur le taux du *juramentum in litem* n'existait pas, de même la critique du défendeur devait être impossible. Le défendeur n'avait d'autre garantie contre le demandeur que le respect de ce dernier en la foi jurée. Mais l'abandon progressif par les Romains de l'idée de punition dans la poursuite de la réparation d'un dommage devait amener corrélativement une

modification dans la législation. Prenant l'habitude de considérer le *juramentum* de première espèce, principalement comme un mode de preuve abrégé, et par suite comme se rapprochant du *juramentum* de deuxième espèce, les Romains grâce à cette similitude, durent permettre de surveiller l'exactitude de l'estimation faite sous serment par le demandeur qu'il s'agisse du *juramentum* de première ou de deuxième espèce. Ce n'était là que l'application du droit commun en matière de preuves. Pareille estimation est-elle exagérée? Le défendeur pourra s'en plaindre, mais comment le pourra-t-il?

Sans doute, si les voies de recours contre le jugement qui l'a condamné sont encore ouvertes au défendeur il peut, en usant de ces voies de recours, appeler l'attention du magistrat (1) saisi à nouveau du débat, sur le *juramentum in litem* porté en première instance. Le *juramentum in litem* a-t-il été accordé au demandeur dans des cas où la loi romaine ne l'autorisait pas, il démontrera l'erreur du juge, et cette preuve une fois faite il restera à faire la *litis æstimatio* d'après les règles du droit commun. Le *juramentum in litem*, tout en ayant été porté dans des conditions régulières est-il simplement exagéré, le défendeur établira l'exagération du *juramentum in litem* ; les moyens de preuve contre cette exagération seront évidemment les mêmes

(1) Les recours contre les décisions judiciaires ne s'exerçaient que devant les magistrats (Accarias, t. II, n° 778).

qu'en première instance et suivant les différentes époques du droit romain, suivant également la nature propre du *juramentum in litem*, leur nature a varié, leur admission a été plus ou moins difficile.

A l'appui de cette solution qui découle des principes généraux du droit, je puis citer la loi 28,-1°, Dig. liv. XLIX, tit. I. Cette loi suppose apparemment un changement survenu en la personne du tuteur d'un impubère. Le nouveau tuteur réclame de l'ancien par l'action *ad exhibendum* les pièces à l'appui du compte de tutelle fourni par ce dernier. Le juge ordonne à l'ancien tuteur d'avoir à effectuer cette délivrance dans un délai déterminé. Le tuteur refuse l'exécution de cet ordre. Comme conséquences, *juramentum in litem* ayant pour objet la fixation du *quod interest*, condamnation ayant pour mesure le *juramentum*. Le défendeur veut en appeler, le peut-il? Le jurisconsulte Cervidius Scævola (1) répond que rien ne s'y oppose. Quel pouvait être le motif de douter ? Apparemment la décision rendue en matière de *jusjurandum* déféré *in judicio* par une des parties à l'autre. En pareil cas, comme on le sait, la convention de serment, sorte de transaction destinée à terminer le procès, ferme toutes voies de recours contre l'instance où cette convention est intervenue. Le tuteur redoutait par analogie qu'après le *juramentum in litem* de son adversaire, aucun recours ultérieur

(1) Ce jurisconsulte est contemporain d'Ulpien (Rivier, *Introduction historique au droit romain*, p. 364).

contre la sentence ne fût possible. Mais le jurisconsulte ne pouvait pas s'associer à ses appréhensions: le *juramentum in litem* n'émane pas de la convention des parties, c'est un moyen dont se sert le juge pour liquider la condamnation, et quand ce moyen cause un préjudice par trop grave au défendeur, ce défendeur doit pouvoir appeler de la sentence rendue contre lui, à l'effet d'en obtenir le redressement. La loi dont s'agit, suppose vraisemblablement que telle était l'intention du tuteur en voulant interjeter appel.

Une fois la condamnation prononcée contre lui devenue définitive, les droits du défendeur sont en principe complètement épuisés. La *litis æstimatio* faite par le demandeur sous la foi du serment, l'a été en effet devant le juge. Adoptée par ce dernier, elle est sortie de ses mains, entourée du respect qui s'attache à la chose jugée. Dès lors quand par l'épuisement des voies de recours, ce respect est devenu une autorité irrévocable, l'exactitude du *juramentum in litem* ne pourra plus être remise en question dans le but d'obtenir une réparation du préjudice dont il a été la source. Tel est le principe qui me paraît commandé par la règle de la chose jugée.

A ce principe, me semble-t-il, il convient d'apporter une dérogation. C'est pour le cas où l'exagération du *juramentum in litem* est le résultat non pas d'une simple erreur, mais d'un dol commis par le demandeur. La législation romaine, comme on le sait, faisait flé-

chir le principe de l'autorité irrévocable de la chose jugée, devant le désir de réparer le dommage dont le dol commis pendant le procès avait été la source. Je citerai à l'appui de cette particularité : 1° la loi 25, Dig., liv. IV, tit. III ; 2° la loi 24, Dig., liv. IV, tit. III.

La première de ces lois suppose la réclamation en justice d'une somme d'argent. Le demandeur intente, peut-être *ad hoc*, l'action *ex mutuo*, le magistrat délivre la formule. Devant le juge, le défendeur persuade faussement au demandeur qu'il a acquitté sa dette entre les mains de son esclave. Le demandeur le croit et consent à son absolution. Le défendeur va-t-il conserver impunément le bénéfice de sa mauvaise foi, en s'abritant derrière l'autorité de la chose jugée? Nullement. Réparation est due au demandeur à raison du dol dont il a été victime; le point est certain. La difficulté ne porte que sur le choix du moyen destiné à réprimer le dol. Une opinion voulait recourir à l'action *de dolo*. Paul répugne à l'emploi de ce procédé. L'action *de dolo*, doit-il penser, ne doit être employée qu'à défaut de tout autre. Elle est en effet infamante. Imaginons donc un biais pour l'éviter. Le demandeur agira à nouveau par l'action *ex mutuo*, et si son adversaire riposte par l'exception *rei judicatæ*, le demandeur répondra par une réplique de dol.

Autre exemple, il s'agit de la loi 24. Une personne prétend qu'une autre vivant *in libertate* est son esclave ; l'*assertor libertatis* grâce à ses manœuvres dolosives,

parvient à triompher de son adversaire. Le juge prononce *secundum libertatem*. Allons-nous laisser le demandeur sans réparation du dol qu'il a souffert, et ce, en invoquant l'autorité de la chose jugée ? Nullement, il sera indemnisé. Mais comme nous ne pouvons lui permettre d'intenter une deuxième fois *ob dolum*, le *præjudicium de libertate*, à raison de certaines règles particulières à ce *præjudicium* (*quia semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet*), le demandeur agira par l'action *de dolo* contre l'*assertor libertatis*.

De tout ce qui précède, il résulte que la loi romaine ne laissait pas le demandeur victime du principe de l'autorité de la chose jugée, quand le jugement avait été rendu à son désavantage par le dol de son adversaire. Il avait à sa disposition, comme modes de réparation du préjudice souffert, soit l'exercice de l'action primitive (L. 25, *in fine*), soit l'action de dol, et les moyens de défense ordinaires basés sur le dol (réplique de dol, exception de dol, la réplique de dol étant une forme particulière de l'exception de dol).

Appliquant par analogie ces principes au défendeur, victime de l'exagération du *juramentum in litem* basée sur le dol de son adversaire, nous lui reconnattrons le droit de se plaindre de cette exagération, soit sous forme d'action de dol, soit sous forme d'exception. D'exercice de l'action primitive, il ne saurait en effet être ici question, à raison de son rôle de défendeur,

joué dans l'instance primitive par celui contre qui le *juramentum in litem* a été prêté.

Le défendeur agira par voie d'exception *doli mali* quand par l'action *judicati* le demandeur poursuivra contre lui l'exécution de la condamnation. Le défendeur agira par voie d'action de dol, quand ignorant le dol de son adversaire au moment de l'exercice de l'action *judicati*, il n'a pas tardé à le découvrir. Ces déductions me semblent découler des principes généraux. L'exercice par le défendeur de l'exception de dol à l'encontre de l'action *judicati* peut en outre se recommander par un argument d'analogie tiré de la loi 1, C., liv. VIII, tit. LII. Quant à l'exercice de l'action de dol par le défendeur de la façon précitée, il semble à première vue écarté par un argument d'analogie tiré des lois 21, 22, Dig., liv. IV, tit. IV. Ces lois paraissant aller à l'encontre de ma théorie, il m'est indispensable de les exposer.

Elles supposent un serment déféré *in judicio* (argument tiré de la fin de la loi précédente) par le demandeur au défendeur; le défendeur prête le serment déféré comme conséquence, il est absous. Ultérieurement on découvre que le défendeur a fait un faux serment. Quelle sera la situation du demandeur. Labéon lui donne l'action de dol contre le défendeur. Pomponius la lui refuse : sa pensée est que le demandeur subordonnant l'absolution du défendeur à la prestation de son serment vrai ou faux, on ne saurait sous pré-

texte de parjure faire revivre le droit du demandeur sous forme d'action de dol. Marcellus (1) adopte l'opinion de Pomponius. Ulpien approuve cette décision. De cette approbation, les compilateurs du *corpus juris civilis* donnent le motf suivant emprunté, partie à Ulpien, partie à Paul (*stari enim religioni debet*, *nam sufficit perjurii pœnæ.* Ces expressions sont susceptibles d'une double interprétation.

1° Le refus de l'action de dol et par suite l'impossibilité de revenir au civil sur le faux serment, est motivé par la possibilité d'agir au criminel en parjure (*nam sufficit perjurii pœna*). Ce serait alors la présence d'une action criminelle qui exclurait l'action de dol. Pareille exclusion se justifierait jusqu'à un certain point par le caractère subsidiaire de l'action de dol.

2° Une autre interprétation pourrait être donnée de la loi 21 *in fine* et de la loi 22. Celle-ci me paraît plus exacte. Ulpien ne fait que reprendre l'opinion de Pomponius en la motivant de la même façon : « stari enim « religioni debet », on doit s'en tenir au serment prêté sans rétractation possible par l'action de dol, pourquoi? parce que, comme le dit Pomponius, il est intervenu une sorte de transaction entre les parties. Les expressions : *Quam sententiam* indiquent bien que Marcellus et Ulpien après lui, ne font qu'adopter purement et simplement l'opinion de Pomponius. Mais les expres-

(1) Jurisconsulte de l'époque de Marc-Aurèle (Rivier, *loc. cit.*, p. 364).

sions : *nam sufficit perjurii pœna?* Je les écarte comme suspectes : la loi 21 est d'Ulpien, la loi 22 est de Paul, dès lors, rien d'étonnant à ce que les compilateurs du *Corpus juris civilis* aient pu prêter à Ulpien une explication qui ne lui est jamais venue à la pensée. Bien plus, le refus de l'action de dol à raison de la présence de l'action en parjure, se trouve démenti par la loi 23 au Dig. même titre. Il s'agit dans cette loi d'un légataire aux prises avec un héritier, le légataire obtient la délivrance complète d'un legs en jurant spontanément et faussement que ce legs, avec les autres, n'entame pas la quarte Falcidie. Le faux serment est découvert ; l'héritier a l'action de dol contre le légataire. C'est donc que l'action criminelle en parjure ne vient pas supprimer la possibilité d'agir *de dolo,* toute subsidiaire que soit l'action de dol. C'est qu'en effet ces deux actions ont un but différent : l'une poursuit la réparation du préjudice causé, l'autre l'application, au moins dans certains cas, d'une peine corporelle, mais sans pouvoir jamais conduire à la réparation du préjudice. Le cumul de ces deux actions doit donc être possible exactement comme la loi romaine consacre le cumul de l'action *Cornelia de falsis* et de l'action *de dolo* (L. 9-2°, Dig., liv. IV, tit. III).

ARTICLE VIII

RÉPRESSION PÉNALE DU PARJURE COMMIS A L'OCCASION DU « JURAMENTUM IN LITEM »

A côté des moyens énoncés précédemment et destinés à éviter les conséquences d'un *juramentum* excessif, le défendeur trouvait un remède préventif contre les exagérations de son adversaire dans la répression pénale (1) du parjure en droit romain. Le *juramentum in litem* pouvait, en effet, comme tout autre serment, être l'occasion d'un parjure, et ce parjure ne demeurait pas impuni (L. 11; L. 4, pr., Dig., liv. XII, tit. III).

La législation criminelle des Romains, en matière de parjure, offre des détails intéressants; tant au point de vue historique qu'au point de vue législatif, et je saisis l'occasion présente pour l'exposer avec quelques développements.

Les Romains distinguaient deux sortes de parjures, selon qu'il s'agissait d'un serment *assertorium* ou d'un serment *promissorium*. Il y a serment *assertorium*, quand le serment intervient à l'effet de garantir la sincérité d'une affirmation ou d'une négation, et qu'il se réfère au présent ou au passé. Il y a serment *promissorium*, quand le serment a pour but de garantir l'accom-

(1) Cette expression est employée au sens moderne.

plissement d'un devoir quelconque ou d'une obligation, et qu'il embrasse l'avenir. Eh bien, dans la première hypothèse, il y avait parjure quand l'affirmation ou la négation était contraire à la vérité; dans la seconde, quand le promettant n'exécutait pas sa promesse. A l'appui de cette manière de voir, je puis citer différents textes des littérateurs et du Digeste. Dans le n° 108 du chapitre XXIX du livre III du *De officiis*, Cicéron fait allusion au parjure de première espèce, par les expressions *falsum jurare*; il fait allusion au parjure de deuxième espèce par les mots : « Quod ex « animi tui sententia juraris, sicut verbis concepitur « more nostro, id non facere perjurium est. » Dans le Digeste, la loi 13-6°, *in fine*, liv. XII, tit. II, vient confirmer notre définition. Il s'agit d'un procès purement pécuniaire (*in re pecuniaria*), et dans ce procès l'une quelconque des parties prête un serment. La loi énumère à titre d'exemples, certains objets de ce serment : « Il s'agira d'affirmer l'existence d'une créance ou de dénier au contraire l'existence d'une dette; il s'agira également de promettre sous serment un payement futur. » En un mot, il s'agira, soit d'un serment *assertorium*, soit d'un serment *promissorium*. « S'il arrive, dit la loi, qu'à l'égard de l'existence de la créance ou de l'inexistence de la dette, la partie qui a juré a commis un parjure, s'il arrive également que la partie promettante n'exécute pas sa promesse; dans l'un ou l'autre cas cette partie subira, d'après un res-

crit impérial, la peine de la fustigation et recevra en plus l'admonestation suivante, prononcée par le crieur public présent au châtiment : « προπετως μη ομνυε, *temere nejura.* » La loi assimile donc au point de vue de la répression, le fait de faire un faux serment et celui de ne pas exécuter une promesse contractée sous serment. Pareille assimilation conduit dès lors à qualifier de parjure le deuxième fait, aussi bien que le premier, conformément d'ailleurs au passage précité de Cicéron.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un parjure soit de première, soit de deuxième espèce, le dol était un élément essentiel à sa constitution. En d'autres termes, il ne suffisait pas de faire une affirmation inexacte sous serment, il ne suffisait pas de ne pas exécuter l'engagement pris sous serment; il fallait encore dans le premier cas faire un mensonge, dans le second, inexécuter volontairement. Cette solution se déduit de différents textes supposant l'existence d'un parjure sans spécifier les circonstances où il intervient, et par suite se référant aussi bien au parjure de première que de deuxième espèce. Dans les premières académiques, Cicéron nous indique dans quel cas à l'occasion d'un serment prêté, il peut y avoir poursuite contre son auteur à raison d'un parjure : « Quam rationem majorum « etiam comprobat diligentia qui primum jurare ex sui « animi sententia quemque voluerunt, deinde ita te- « neri si sciens falleret. » (Cicér., *Acad.*; II, 47). Il

faut donc un dol (argument du mot *sciens*). Dans le Digeste, la loi 26 *in* pr. Dig., l. XII, t. II, nous indique l'impossibilité d'agir contre le pupille à raison d'un parjure commis par lui. Cette impossibilité se trouve motivée par les mots suivants : « *quia sciens fallere non videatur*. » On ne peut pas agir contre le pupille, parce qu'il n'est pas censé tromper intentionnellement ; c'est donc que l'intention, le dol était indispensable pour constituer le parjure. De même encore Labéon dans la loi 21, Dig., liv. IV, t. III, permet d'agir *de dolo* à raison d'un parjure commis, c'est donc que le parjure supposait le dol comme condition nécessaire. Toutefois, à la nécessité de l'élément intentionnel dans la constitution du parjure, un tempérament doit être apporté, ce tempérament tiré de la loi 13-6°, Dig., liv. XII, t. II. Cette loi a été expliquée ci-dessus : elle s'occupe, avons-nous vu, de la répression du parjure, soit de première, soit de deuxième espèce. Cette répression consiste dans la fustigation accompagnée d'une sorte de conseil donné par le crieur public présent à l'exécution de la peine (Basiliques), et quel est ce conseil ? « *Temere ne jura*, ne jure pas à la légère. » Ce conseil est évidemment destiné à inviter le flagellé à ne plus recommencer son parjure. Il indique que ce parjure n'existera plus, si désormais le serment n'est pas prêté à la légère. C'est donc qu'il suffisait, avec toute la bonne foi du monde, de faire un serment téméraire, pour en cas d'inexactitude ou d'inaccomplisse-

ment, se voir puni comme parjure (L. 2, Code. liv. IX, t. VIII, conforme). Il y a donc une brèche au principe exigeant le dol pour l'existence du parjure. Cette brèche, comment l'expliquer? Ce ne peut être, je crois, qu'à l'aide d'une distinction. Les Romains, à l'époque impériale distinguaient, je le démontrerai tout à l'heure pour l'application de la peine du parjure, selon que le serment auquel il se référait avait été prêté *per deum* ou *per principem*. Dans le premier cas, il y avait impunité, dans le second cas, il y avait une sorte de crime de lèse-majesté. Eh bien, cette distinction, les Romains l'ont étendue aux conditions d'existence du crime de parjure. Pour le parjure commis *per deum*, il faudra toujours qu'il y ait dol; pour le deuxième, il suffira qu'il y ait attestation à la légère d'une inexactitude. N'y a-t-il pas, en effet, aux yeux du despotisme impérial, aussi bien crime de lèse-majesté à invoquer à la légère la divinité de l'empereur, qu'à la rendre témoin d'un dol? La loi dont il s'agit se place exclusivement dans l'hypothèse d'un serment *per principem*. Rien d'étonnant, dès lors, à ce qu'elle ne révèle pas l'existence du dol, élément normal du parjure.

Il ne reste plus maintenant qu'à faire l'application des idées précédentes au parjure commis en matière de *juramentum in litem*. Ce parjure ne peut être évidemment que le parjure de première espèce. Il s'agit en effet, pour le demandeur, d'affirmer sous serment le montant de la réparation à lui due par le défendeur.

Nous exigerons pour que le demandeur se rende coupable d'un parjure ou bien qu'il fasse intentionnellement un faux serment, ou bien simplement qu'il fasse à la légère un serment inexact, selon que le serment lui aura été déféré *per deum* ou *per principem*. Dans l'intérêt de la vérité, aussi bien que dans un esprit de flatterie pour l'empereur, il est probable que la délation du serment *per principem* était la plus fréquente. Cette fréquence explique la rigueur de la situation faite aux tuteurs et curateurs dans un état antérieur du droit (allusion à la loi 4, pr. Dig., liv. XII, t. III) et par suite la nécessité d'y remédier.

J'en arrive maintenant à la répression du parjure. Ici, il y a lieu de faire une distinction déjà annoncée, entre le serment *per deum* et le serment *per principem*, et les parjures y correspondants. A l'époque de Cicéron et *a fortiori* aux époques précédentes, la forme du gouvernement était la forme républicaine, il ne pouvait y avoir qu'une seule forme de serment, la forme *per deum*. La législation romaine, au cas de parjure commis à l'occasion de pareil serment est particulièrement intéressante. La loi humaine n'en connaissait pas, on s'en remettait à la divinité du soin de venger l'outrage qui lui avait été fait, en la prenant à témoin d'un parjure. La divinité outragée était en principe Jupiter. La preuve est dans cette formule du serment empruntée à Plaute (*Aulularia*), d'après Cujas (*Observations*, liv. I, chap. XXI) : « Si sciens fallo, me

« diespitar salva urbeque arceque bonis ejiciat, ut « ego hanc lapidem. » Les Romains, probablement, prêtaient leur serment sous l'invocation de Jupiter : *O fides alma pennis et jusjurandum jovis* (Ennius, d'après Cicéron, liv. III, chap. XXIX). Cicéron relate également cette compétence de Jupiter en matière de parjure, en même temps que l'incompétence de la loi positive. *Quid est igitur, dixerit quis, in jurejurando? Num iratum, timemus jovem* (Cicéron, *De officiis*, III, chap. XXVIII). Toutefois à côté de Jupiter, il nous cite la déesse Fides, particulièrement outragée par cette violation de la foi jurée : « Qui jusjurandum vio- « lat, is fidem violat, quam in Capitolio, vicinam jovis « optimi maximi, ut in Catonis oratione est, majores « nostri esse voluerunt » (*De officiis*, III, chap. XXIX).

Cette crainte d'offenser la divinité, même en dehors de toute sanction extérieure, devait empêcher le parjure chez les premiers Romains, peuple primitif et superstitieux.

Toutefois à côté de cette crainte, et pour la rendre plus efficace, divers moyens de répression furent imaginés par les censeurs. Cicéron, dans le passage précité du *De officiis* nous cite cette compétence particulière des censeurs en matière de parjures. « Nos ancê- « tres, dit-il, s'attachèrent à assurer d'une manière par- « ticulière le respect en la foi jurée : la preuve en est « dans les notes et les jugements des censeurs à l'é- « gard des parjures.—*Indicant notiones animadversiones*

« *que censorum qui nulla de re diligentius quam de jureju-* « *rando judiciabant* » (*De officiis*, liv. III, chap. XXXI). De ce passage, il suit que les censeurs usèrent à l'égard des parjures certainement de la *nota ignominiæ*. La *nota ignominiæ* pouvait, en règle générale, entraîner différentes punitions (Delavaud, *Thèse pour le doctorat*, Paris, 1884, page 1481) : 1° la radiation de l'ordre des sénateurs (*senatum novere* ou *præterire*) : 2° la radiation de l'ordre des chevaliers (*equum publicum adimere*) ; 3° la mutation d'un citoyen d'une tribu à une autre (tribu *movere* ou *tribum mutari jubere*); 4° l'exclusion complète des tribus *tribubus omnibus movere*, *ærarim facere*, *in Cœritum tabulas referre*). Cette dernière punition, particulièrement grave en ce qu'elle faisait perdre à celui qu'elle atteignait le *jus suffragii*. Eh bien, les sources de la littérature romaine nous montrent appliquées au parjure quelques unes de ces punitions accessoires de la *nota ignominiæ*. Cicéron dans le chapitre XIII du *De officiis*, titre III, nous raconte que les censeurs reléguèrent au rang d'*ærarii* des soldats romains qui pendant la deuxième guerre punique, s'étaient rendus coupables d'un parjure ; et Quintilien (V, 11, 13) vient démontrer la possibilité pour le censeur de priver un citoyen romain de son grade de chevalier, à raison d'un parjure. Il s'agit du deuxième Scipion l'Africain. Censeur, il voulut, nous dit Quintilien, rayer le chevalier C. Licinius Sacerdos de l'ordre des chevaliers et ce, à raison d'un

parjure, mais personne n'osait se porter accusateur du chevalier, personne également n'osait témoigner de son parjure. Force était à Scipion l'Africain de jouer cumulativement le rôle d'accusateur, témoin et juge. Pareil cumul pouvait faire taxer Scipion d'arbitraire et le fit reculer.

Nous reconnaîtrons donc aux censeurs le droit d'infliger aux parjures la note d'ignominie avec ses punitions accessoires, nous leur reconnaîtrons *a fortiori* le droit d'user de simple réprimande, mais leurs pouvoirs se bornaient ils à ces deux modes de répression. Je ne saurais trop le dire. Le passage de Cicéron semble donner aux censeurs des pouvoirs particulièrement étendus en matière de parjure (*nulla re diligentius...*); d'un autre côté, il est bien difficile, en présence du silence des sources, en présence de l'idée primitive consistant à faire du parjure une sorte d'infraction à la loi divine punissable seulement par la divinité, d'aller plus loin dans la voie des répressions humaines.

Cette législation demeurait debout à l'époque de Cicéron ; les expressions suivantes empruntées à son *De legibus* (liv. II, chap. IX) et parlant cette fois au présent en font foi: « *perjurii pœna divina exitium*, *humana dedecus*); il y a là dans ces derniers termes une allusion évidente à la note d'infamie. Mais avec l'empire disparut bientôt le pouvoir des censeurs en matière de moralité publique ; en revanche le parjure, au moins dans certains cas, sortit du domaine de la morale pour

6

tomber sous l'application de la loi. Cette modification de la législation en matière de parjure a son point de départ dans la divinisation impériale. Cette divinisation dont les débuts remontent à César, devint une habitude sous l'empire. Ce fut un usage chez les Romains de diviniser leurs empereurs même de leur vivant (Virgile, *Géorgiques*, I, 42; Horace, *Odes*, liv. I, Carmen 2, v. 41). Dès lors le serment, prise à témoin de la divinité, devait pouvoir résulter de toute affirmation faite sous l'invocation de l'empereur D'où le serment *per principem*, d'où le serment *per genium principis* (L. 13-6°, Dig., liv. XII, tit. II), à côté du serment *per deum*. Ces deux catégories de serments entraînèrent bientôt des différences dans la répression des parjures y correspondants. Sans doute, les premiers empereurs païens, flattés de leur assimilation aux dieux véritables, voulurent étendre cette assimilation jusqu'au bout et à l'instar d'un parjure commis *per deum*, laisser impuni le parjure *per principem*. Tacite (*Annales*, I, 73) nous cite à ce sujet la fin de non recevoir opposée par Tibère à une accusation basée sur un parjure *per principem* « Jusjurandum perinde æstimandum quam si jovem « fellisset : deorum injurias, diis curæ. »

Mais, le même Tibère dépouilla bientôt cette aménité pour châtier avec la plus grande sévérité le parjure *per principem*. Ce revirement nous est indiqué par Dion Cassius (liv. VII, 8, 9). Parlant de Tibère, cet historien, d'après son traducteur, s'exprime en ces

termes : « Initio quidem, neminem Augusti causa in « judicium tractum punivit, multosque accusatos quod « per ipsius fortunam pejerassent absolvit ; sed poste- « rioribus temporibus admodum multos morte affe- « cit. » N'y a-t-il pas, en effet, un outrage commis à la personne du prince dans le fait de rendre sa propre divinité, témoin d'un parjure ; dès lors, pareil outrage doit, en vertu de la nouvelle jurisprudence, étendant la loi *Julia majestatis* aux injures s'appliquant à la personne du prince (« Injuriam fecisti, sed « quia magistratui, majestatis actio est. »—Quintilien, liv. V, ch. x, 39), tomber sous l'application de cette loi, et être considéré comme un crime de lèse-majesté.

Cette incrimination du parjure *per principem* subsista sous les prédécesseurs immédiats d'Alexandre Sévère (Argument, L. 2, C., liv. IV, tit. I). De plus, la même loi 2 nous révèle que la répression du parjure était encore à cette époque poursuivie avec la plus grande sévérité. De même qu'à l'époque de Tibère, la peine applicable était la peine de mort (argument des expressions *periculum corporis*). Toutefois, il y aurait témérité à soutenir qu'entre ces deux époques : règne de Tibère et règne des prédécesseurs immédiats d'Alexandre Sévère, le mode de répression du parjure consistât invariablement en la peine de mort. Ce mode, puisé en effet dans la loi *Julia majestatis*, auquel se rattachait le délit de parjure, a dû subir les vicissi-

tudes de cette loi; or on sait que ces vicissitudes, notamment en matière de fixation de la peine applicable, ont été graves. Quoi qu'il en soit, déjà sous Antonin Caracalla, et son père Septime Sévère, le parjure n'était pas toujours puni de la peine de mort. Dans le cas particulier où il s'agissait d'un parjure relatif à un serment porté dans un procès purement pécuniaire, la répression était, comme on l'a déjà vu, la fustigation accompagnée d'une sorte d'admonestation (L. 13-6°, Dig., liv. XII, t. II). Cette innovation (1), adoucissement certain à la législation antérieure (la loi Julia, avec ses développements successifs, présentant historiquement, commé peine la plus douce, l'exil (Rein, *Criminalrecht-Roemer*, p. 537), fut motivée probablement par le caractère particulier du serment judiciaire. Ce serment, s'il n'est pas prêté, soit qu'il soit refusé, soit qu'il soit référé, aboutit à faire l'affaire de la partie adverse; on conçoit dès lors que cette perspective détermine à le tenir, et par suite intervienne comme circonstance atténuante du délit de parjure, d'autant plus qu'il suffisait d'un serment inexact prêté à la légère, pour le constituer (argument do l'expression *temere*, de la loi 13-6°). Alexandre Sévère s'appliqua, lui aussi, à adoucir la législation en matière de parjure. Ce fut en matière de serment extrajudiciaire qu'il innova. Dans cet ordre d'idée, il exempta de l'application la loi *Julia*

(1) Sur son attribution aux empereurs Caracalla et Septime-Sévère; voir Doneau, X, p. 720.

majestaris, le parjure *per principem* (L. 2 *in fine*, C., liv. IV, tit. I; L. 2, C., liv. IX, tit. VIII) (1). Là se bornent ses innovations. Au surplus, le parjure *per deum* persiste encore, sous ce prince, à échapper à toute répression (L. 2, pr., C., liv. IV, tit. I). Au surplus, encore en matière extrajudiciaire, lorsque le serment appuyait une affirmation fausse constituant par elle-même un délit punissable, cette affirmation fausse était réprimée non à titre de parjure, mais comme ayant servi à commettre le délit punissable. Modestin fait l'application de cette idée en matière de stellionat (Loi dernière, Dig., *De stellionatu*).

Les explications précédentes ayant pour objet la répression du parjure sous les empereurs païens sont les seules qui soient fournies par les sources. Que se passa-t-il sous les successeurs d'Alexandre Sévère jusqu'à Constantin, le premier empereur chrétien. Je l'ignore. Quelle fut également la législation appliquée par ce prince en matière de parjure, je l'ignore également. Toutefois, le triomphe du christianisme dut amener nécessairement une simplification de la législation en matière de parjure; il supprima évidemment le parjure *per principem* pour ne laisser subsister que le parjure *per deum*; mais pareil parjure continua-t-il à jouir de l'immunité qui le caractérisait jadis? Rien ne révèle une innovation apportée par Constantin et ses

(1) Il y eut probablement assimilation du parjure extrajudiciaire au parjure judiciaire.

premiers successeurs. Toutefois, certainement sous Arcadius et Honorius, la répression existait. Une constitution de ces empereurs, la Constitution 41, Code *De transactionibus*, nous montre la peine de l'infamie appliquée au parjure résultant de la violation par l'une des parties d'une convention faite sous serment. A côté de cette infamie, la constitution énonce, comme peine du parjure, la déchéance des avantages que l'exécution de la convention par l'une des parties lui donnait le droit d'exiger de l'autre. Cette peine additionnelle du parjure, puisée dans les circonstanccs de la cause, ne saurait évidemment en être détachée pour être appliquée à toute espèce de parjures. Quant à la peine de l'infamie, peine qui se conçoit quelle que soit l'hypothèse où le parjure soit intervenu, il n'est pas trop téméraire, je crois, d'en faire le mode normal de répression du parjure, le centre autour duquel probablement gravitaient d'autres peines accessoires. L'antithèse établie par la Constitution 41 entre la peine de l'infamie et la déchéance des avantages pécuniaires dérivant de la convention conduit à cette décision.

Ce mode de répression normal du parjure semble avoir été abandonné à nouveau par les successeurs d'Arcadius, et la crainte d'offenser la divinité ou de perdre son salut par l'accomplissement d'un parjure paraît avoir été encore pendant quelque temps le remède principal contre la violation de la foi jurée. A l'appui de cette opinion, j'argumente de la Constitu-

tion 6, Code, liv. IX, tit. XXVII, dont l'auteur est Théodose. Cette loi, s'occupant d'une hypothèse particulière de parjure, croit utile de renforcer l'effet salutaire produit par la crainte de la divinité, par une condamnation pécuniaire, et la loi est muette sur la peine de l'infamie; c'est donc que cette peine ne s'appliquait plus au parjure. Les empereurs postérieurs à Théodose édictèrent contre les parjures des peines variant avec les hypothèses. Je citerai à ce sujet la loi 17 au Code, de Zénon, liv. XII, tit. VIII, la Novelle, 124, ch. II de Justinien. Ces deux textes s'occupent de parjures intervenant dans certaines circonstances, établissent des peines différentes selon les espèces. Le parjure était donc réprimé dans le dernier état du droit romain, tel est le principe. Cette répression, indiquée par les deux lois précitées, se trouve en harmonie avec l'allusion faite par la Constitution 2, *in fine*, au Code, liv. VI, tit. XL, aux lois châtiant les parjures. Mais, à côté des peines accessoires, variables avec les espèces, y avait-il une peine principale attachée invariablement au parjure? Les passages précités prouvent le contraire. Toutefois, dans le sens de cette uniformité, on peut remarquer que la peine de l'infamie se traduisant par la déchéance de certaines dignités sociales, figure dans la Novelle 124 et dans la loi 17 de Zénon. Il n'est peut-être pas trop téméraire, dès lors, d'en conclure qu'au moins en principe la peine de l'infamie s'attachait au parjure quel qu'il fût. Cette opinion a en outre l'avan-

tage d'établir une certaine continuité dans les phases successives de la législation romaine en matière de parjure.

Après cette étude obscure et difficile sur la peine du parjure en droit romain, il ne reste plus qu'à faire l application des principes qu'elle a fournis au parjure intervenant en matière de *juramentum in litem.* Cette application, je laisse au lecteur le soin de la faire. Il n'y a rien dans les textes qui implique en matière de *juramentum in litem* une dérogation aux principes dont s'agit. Un seul texte s'occupe de la répression de pareil parjure; mais il est relatif non pas à la peine, mais à la recevabilité de la poursuite. Cette recevabilité présentant quelque particularité, il est indispensable que j'y insiste.

La poursuite était admise difficilement, telle est la disposition de la loi 11, Dig., liv. XII, t. III. Il fallait probablement pour l'autoriser une exagération considérable dans les résultats du serment. Cette difficulté d'admission se justifie par la situation spéciale du demandeur. Ce dernier est amené à prêter le *juramentum in litem* par l'impuissance où se trouve la loi, de lui rendre une justice équitable sans le secours de ce moyen de procédure. S'agit-il en effet du *juramentum in litem* de première espèce, ce *juramentum* fonctionne comme dédommagement de l'impossibilité où se trouvait la loi romaine de procurer une condamnation adéquate au droit réclamé. Pareil dédommagement était

une nécessité imposée par la justice (*ex necessitate juris*). S'agit-il, au contraire, du *juramentum* de deuxième espèce, du *juramentum* fonctionnant comme mode de preuve, c'était encore une brèche imposée par la justice (*ex necessitate juris*) à la règle : *actori incumbit probatio*. Il eût été dès lors peu raisonnable que le *juramentum in litem* créé tout exprès dans l'intérêt du demandeur, lui fût impraticable à raison des écueils qu'il présentait. Or, tel eût été le résultat, si à raison de la plus légère inexactitude on eût pu avoir à redouter une poursuite en parjure. De plus, l'application, au parjure commis à raison du *juramentum in litem*, de la rigueur ordinaire, eût été à l'encontre du but spécialement poursuivi par le *juramentum* de première espèce. Ce *juramentum in litem*, lors de sa création, a été destiné dans un but pénal, à procurer un écart entre la fixation habituelle fai tepar le juge, fixation conforme à la vérité, et la fixation faite par le demandeur. C'eût été supprimer l'écart recherché que d'obliger le demandeur par la crainte d'une poursuite en parjure de prêter un serment conforme à l'exacte vérité. J'ajoute enfin, que le défendeur n'est pas en droit de se plaindre de l'indulgence de la loi à l'égard du demandeur. C'est en effet lui qui, soit par son fait délictueux, soit tout au moins par sa faute, a mis le demandeur dans la nécessité de prêter un *juramentum in litem* pour obtenir bonne justice. Que les conséquences de cette néces-

sité, quand elles ne sont pas trop lourdes, s'imposent à lui, ce n'est là que pure équité. La première et la dernière de ces trois considérations sont suffisantes pour me décider à conclure qu'après la disparition ou tout au moins l'affaiblissement du caractère pénal du *juramentum* de première espèce, la loi romaine ne dut jamais montrer une grande rigueur à l'égard du demandeur parjure *in lite*; elles sont également suffisantes pour me conduire à décider par analogie que la même réserve devait exister en matière de moyens civils (action de dol, exception de dol) destinés à réparer le dommage provenant d'une exagération dolosive du *juramentum in litem*.

CHAPITRE II

PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE

Rien dans les textes ne vient nous indiquer que la procédure extraordinaire vint déroger aux règles de la procédure formulaire en matière de *juramentum in litem*. Au contraire, l'insertion dans le *Corpus juris civilis* de ces règles vient nous prouver qu'elles étaient encore vivantes à l'époque de Justinien. Cette persistance n'a d'ailleurs rien qui doive nous étonner. Le *juramentum in litem*, soit de première, soit de deuxième espèce, venaient sous la procédure extraordinaire répondre aux mêmes besoins que sous la procédure formulaire. Qu'il s'agisse du *juramentum* de deuxième espèce, il fournit un moyen équitable de remédier à la pénurie de preuve où se trouve le demandeur par le fait du défendeur. Cette situation était indépendante de la forme de la procédure ; il était naturel dès lors de lui conserver son remède. Qu'il s'agisse du *juramentum* de première espèce ; ce *juramentum* était destiné à remédier au défaut de l'exécution de l'*arbitrium judicis*, imputable au dol ou à la désobéissance du dé-

fendeur; or, cette situation se retrouvait identiquement dans la procédure extraordinaire. Il y avait là encore des actions arbitraires, c'étaient les mêmes que jadis; il y avait partant place encore au défaut d'exécution de l'*arbitrium* soit par dol, soit par *contumacia*, par suite comme correctif, place au *juramentum in litem*. Sans doute, le plus souvent, ce correctif n'était pas nécessaire. A la suite du défaut d'exécution de l'*arbitrium*, l'exécution forcée de la condamnation *ad ipsam rem* procurait au demandeur les mêmes avantages que l'obéissance à l'ordre du magistrat et supprimait par suite le recours au *juramentum in litem*; mais il y avait des cas où cette exécution était impossible (tel est par exemple, le cas où dans une action en revendication, le possesseur a rendu la chose revendiquée introuvable à la force publique; tel est encore le cas où l'exécution en nature nécessite l'accomplissement d'un acte juridique par le défendeur). Dans ces différents cas, l'exécution en nature réclamée ne pouvait provenir que de l'obéissance à l'*arbitrium* du magistrat; la force publique, elle, ne pouvait procurer au demandeur que le bénéfice d'une condamnation pécuniaire. Quoi de plus juste alors, que dans la fixation de cette condamnation, le *juramentum in litem* intervînt. J'ajoute enfin que la plupart des règles du *juramentum in litem*, sinon toutes, tenaient au fond du droit : telles sont par exemple, l'exclusion du *juramentum* de première espèce des actions de droit strict, l'impossibilité de sa délation

en présence d'une simple faute légère et la procédure extraordinaire a laissé intact, au moins en principe, le fond du droit pour ne toucher qu'à la forme extérieure. L'ancien système est donc demeuré debout : tel est le principe. Toutefois, deux modifications importantes, conséquences de deux innovations de la procédure extraordinaire, doivent être signalées : la première, c'est que, par la suppression du *judex*, les pouvoirs du juge, en matière de *juramentum in litem*, furent transférés au magistrat ; la seconde, c'est que par la possibilité de la condamnation *ad ipsam rem*, et de l'exécution forcée de pareille condamnation, l'application du *juramentum in litem* se restreignit évidemment lors de la transition de la procédure formulaire à la procédure extraordinaire. Toutefois, cette restriction n'existe pas dans l'opinion admettant que depuis l'époque d'Ulpien, l'exécution forcée de l'*arbitrium judicis* était possible. A partir de cette époque, cette exécution forcée procurant les mêmes avantages que l'exécution forcée de la condamnation *ad ipsam rem* et intervenant probablement dans les mêmes cas, devait resserrer dans les mêmes limites l'application du *juramentum in litem*.

Pour en terminer avec la procédure extraordinaire, il ne reste plus qu'à présenter quelques observations sur deux cas particuliers de *juramentum in litem* fournis par les textes et se rattachant à cette procédure.

Le premier est le *juramentum Zenonianum*, ainsi

désigné par les commentateurs. Il forme l'objet de la loi 9 au Code *Unde vi*, liv. VIII, tit. IV. Il s'agit dans cette loi de l'exercice de l'interdit *unde vi* (argument de la rubrique du titre). A l'époque de Zénon, cet interdit s'exerçait dans la forme d'une action ordinaire; la procédure en matière d'interdits s'étant confondue avec la procédure de droit commun. De plus cette action était une action arbitraire. Cette dernière solution découle : 1° et du caractère restitutoire de l'interdit *unde vi;* 2° et de la disparition de la procédure *per sponsionem* en matière d'interdits. Par cet interdit, on pouvait poursuivre : 1° soit cumulativement la restitution de l'immeuble dont on avait été expulsé, des meubles perdus au moment de la dépossession et du surplus du dommage dérivant de la *dejectio*; 2° soit séparément la restitution de l'immeuble, la restitution des meubles et du surplus du dommage (L. 1-32°, Dig., liv. XLIII, tit. XVI). La loi 9 est muette sur la restitution de l'immeuble, c'est donc qu'elle suppose implicitement que par l'interdit, le *dejectus* n'entend réclamer que la restitution des meubles et du surplus du dommage. Pour que son action soit recevable, le *dejectus* a dû prouver sa dépossession de l'immeuble, c'est en effet la condition nécessaire pour que l'interdit *unde vi* lui soit ouvert (L. 1-3°, Dig., liv. XLIII, tit. XVI). Aussi, la loi suppose-t-elle cette preuve faite (*si quando vis fuerit in judicio patefacta*); mais pour obtenir la restitution des meubles et du surplus

du dommage, cette preuve n'est pas suffisante, d'après le droit commun; il lui faudrait encore prouver qu'il a perdu des meubles et lesquels, quel est le *quantum* du préjudice souffert en sus; et ce, en vertu de la règle : *actori incumbit probatio.* L'application du droit commun en cette matière aurait pour conséquence de permettre le plus souvent au *dejiciens* de conserver le bénéfice de sa *dejectio* ; car le plus souvent, le *dejectus* expulsé violemment de chez lui n'a pu se procurer ces différentes preuves. Aussi, à titre de tempérament d'équité, la loi 9 dont s'agit, vient-elle alléger au profit du *dejectus* le fardeau de la preuve. Se plaçant dans le cas spécial où il ne peut prouver s'il a perdu des meubles et lesquels (*si non potuerit, qui vim sustinerit, quæ perdidit singula comprobare*), la loi lui permet d'affirmer en bloc, sous serment, la valeur des meubles perdus. Cette affirmation s'impose au juge et figurera dans le montant de la condamnation. Les droits du demandeur sont ainsi sauvegardés. D'autre part, ils ne sont pas exagérés au détriment du défendeur, la loi imposant au juge de ne déférer le serment au demandeur qu'après lui avoir imposé un maximum qu'il ne saurait dépasser. Telle est l'idée générale de la loi 9. Il ne reste plus maintenant qu'à la considérer au point de vue du *juramentum in litem.*

La loi permet au demandeur de fixer sous serment la valeur des objets qu'il a perdus de manière à les faire figurer dans le *quantum* de la condamnation. C'est

donc bien d'un *juramentum in litem* qu'il s'agit (voir la définition du *juramentum in litem*). Reste à savoir, si ce *juramentum*, pour intervenir, satisfait aux conditions ordinaires. Pour avoir la réponse à cette question, l'unique moyen est de comparer le *juramentum* de la loi 9 au *juramentum in litem* de deuxième espèce. C'est, en effet, celui-là seul qui intervient à titre de complément de preuve; or, quelles sont les conditions de ce *juramentum*? Il suppose pour exister : 1° Le droit du demandeur à la condamnation ; 2° la difficulté où se trouve le demandeur, par le fait du défendeur, de prouver le *quamtum* de la condamnation (L. 5-4°, Dig., liv. XII, t. III). Pouvons nous dire ici que ces deux conditions se rencontrent. Evidemment, si le demandeur établissait qu'il a perdu des meubles, ces deux conditions seraient réunies : l'existence de son droit à la condamnation se trouverait établie par cette preuve, et la difficulté où il se trouve de démontrer la valeur des objets perdus dérive de la nature de l'acte commis par le défendeur; mais la preuve de la perte des meubles n'est pas établie (*si non potuerit*...) ; il n'y a que la preuve de la dépossession; dès lors on pourrait dire : le *juramentum in litem* est ici anomal ; il dispense de la preuve de la perte des objets mobiliers, la loi suppose en effet que le demandeur n'a prouvé que son expulsion : or, cette expulsion n'implique pas nécessairement qu'il y a eu perte des meubles, par suite le *juramentum in litem*

portant sur la valeur des meubles perdus, intervient à l'effet d'établir, et la perte et le *quantum* de cette perte; en d'autres termes l'existence du droit à la condamnation et le *quantum* de cette condamnation. Il vaut mieux, je crois, reconnaître que le *juramentum in litem* est ici absolument normal. Oui, sans doute, la dépossession de l'immeuble n'entraîne pas nécessairement la perte de meubles ; mais n'est-il pas raisonnable de faire de cette perte une conséquence présumée de la dépossession, par suite d'admettre que le demandeur en prouvant son expulsion a prouvé virtuellement une perte d'objets mobiliers. Le droit du demandeur à une réparation du chef des meubles perdus, se trouve ainsi établi en vertu d'une présomption, il ne reste plus dès lors qu'à en déterminer l'étendue : et cette détermination est l'objet du *juramentum Zenonianum*, fonctionnant comme je viens de le démontrer, à titre de *juramentum in litem* absolument normal.

Pour en terminer avec la loi 9, je me contenterai d'ajouter quelques remarques, sans importance d'ailleurs : 1° Jusque maintenant, au moins en principe, la *taxatio judicis*, en matière de *juramentum in litem*, n'avait qu'un caractère facultatif; ici, elle a un caractère obligatoire; ce caractère obligatoire se justifie, je crois, par le désir de se prémunir contre les exagérations possibles du demandeur, exagérations qui, à l'époque de Zénon, étaient d'autant plus à craindre que l'abaissement intellectuel et moral des juges du

Bas-Empire pouvait les faciliter ; 2° dans la détermination du taux de ce maximum, le juge doit prendre en considération la qualité du demandeur, la nature de l'agression ; l'influence de ces circonstances sur le *quantum* des objets perdus, est en effet manifeste ; 3° la fixation à l'avance de pareil maximum épuise d'ailleurs le pouvoir modérateur du juge, il ne lui est pas permis de réduire après coup un serment prêté.

Il ne reste plus qu'à ajouter quelques mots concernant un *juramentum in litem* imaginé par Justinien (Novelle 82, chap. x). Il s'agit du *juramentum in litem* déféré dans un procès à la partie gagnante, à l'effet de déterminer le montant des frais, qu'elle est en droit de répéter de l'autre partie. et qui par suite augmente d'autant la condamnation. Ce *juramentum in litem* satisfait aux règles ordinaires, en ce qu'il suppose reconnu avant sa délation, le droit à la répétition ; ce droit dérive en effet du gain du procès ; le serment n'intervient alors que pour en fixer l'étendue. Il s'en écarte, en ce qu'il ne suppose pas pour intervenir, la difficulté où se trouverait le gagnant par le fait du perdant, de rapporter la preuve ordinaire du montant des frais dont s'agit J'ajoute de plus qu'à l'instar du *juramentum Zenonianum*, le juge devait fixer à l'avance un maximum au serment, mais qu'il ne lui était pas possible de le réduire quand il avait été prêté (Novelle 82, chap. x).

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LES DONATIONS ENTRE-VIFS EN BIENS COMMUNS FAITES PAR LE MARI SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ LÉGALE[1]

CHAPITRE PREMIER

ANCIEN DROIT

ARTICLE PREMIER

FONDEMENT DU DROIT DU MARI. — HISTORIQUE

Dans le dernier état du droit commun coutumier, le mari agissant seul pouvait, en principe, aliéner à titre de donations entre-vifs et envers telles personnes qu'il jugeait à propos les différents biens dont la communauté était composée. Ce droit de disposition avait été formellement consacré, à Paris, par l'art. 225 de

(1) Je supposerai dans mes explications les époux mariés sans contrat de mariage; c'est en effet l'hypothèse la plus pratique du régime de communauté légale.

la coutume réformée. Après avoir reconnu au mari la qualité de seigneur des meubles et conquêts immeubles faits durant le mariage, l'article énumère de la façon suivante les prérogatives de cette qualité : « en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner et hypothéquer, et en faire et disposer par donation, ou autre disposition faite entre-vifs à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable et sans fraude. »

Presque toutes les coutumes avaient à cet égard la même disposition que celle de Paris (ex. 193, Orléans) ce qui justifie le caractère de droit commun que j'attribue en tête de cette étude au droit du mari. « Toutefois, dit Pothier (*Communauté*, n° 472), il y a néan-« moins quelques coutumes qui ne regardent le mari « que comme un simple administrateur *cum libera*, et « qui en conséquence permettent bien au mari de « vendre, permuter et hypothéquer les biens de la « communauté, mais qui ne lui permettent pas de les « donner entre-vifs si ce n'est pour sa part seulement. « Telles sont les coutumes d'Anjou, art. 289 ; du « Maine, art. 304 ; de Lodunois, chap. XXVI, art. 6.

« La coutume de Saintonge, titre VIII, art. 68, excepte « de la faculté qu'elle donne au mari de disposer sans « sa femme des meubles et conquêts, ceux qui ont été « faits par le mari et sa femme contractant ensemble.

« D'autres en exceptent ceux qui ont été faits par

« la femme et par son industrie (Bayonne, tit. IX, « art. 29 ; Labour, tit. IX, art. 2). »

Laissant de côté ces coutumes exceptionnelles je bornerai mon examen à l'art. 225 de la coutume de Paris. Selon cet article le droit de disposer entre-vifs découle pour le mari de sa qualité de seigneur de la communauté ; il en est un attribut. Quel est donc au point de vue juridique le sens de cette expression : seigneur de la communauté? A en juger par l'énumération des pouvoirs qu'elle confère, principalement par celui de disposer à titre gratuit à son plaisir et volonté, on serait tenté d'y voir un synonyme du mot propriétaire. Le mari absorberait en quelque sorte pendant toute la durée de la communauté, la propriété exclusive des meubles et conquêts. De copropriété des époux pendant cette durée, il ne saurait être question : elle daterait seulement de la fin de la société conjugale. Cette manière de voir pourrait s'appuyer en outre sur ce passage justement célèbre de Dumoulin, relatif au droit de la femme pendant la communauté : *non est proprie socia mulier, sed speratur fore*, et cet autre passage de Pothier (*Communauté*, n° 3) : « Le droit qu'a la femme sur les biens dont la « communauté est composée, n'est regardée, pendant « que la communauté dure, que comme un droit in- « forme qui se réduit au droit de partager un jour les « biens qui se trouveront la composer lors de sa disso- « lution. »

Néanmoins, cette traduction du mot seigneur par propriétaire serait inexacte : elle reçoit un démenti de l'art. 220 de la coutume de Paris, assignant comme point de départ à la communauté en biens meubles et conquêts immeubles, le jour des espousailles et bénédiction nuptiale, sans le reculer à la dissolution conjugale. Or, qui dit communauté, dit virtuellement copropriété et, par suite, dénie au mari une propriété exclusive. De plus, le même Pothier, le même Dumoulin, ont, conformément à l'art. 220, émis dans leurs œuvres l'opinion que la communauté a son point de départ dans le mariage constaté par la bénédiction nuptiale, et même que dans les coutumes qui n'admettaient la communauté que lorsque le mariage avait duré un an et jour, le point de départ de cette communauté se plaçait encore, par effet rétroactif, au jour du mariage, « trahitur retro ad diem nuptiarum » (Dumoulin, sur l'art. 508, Cout. du Maine; — Pothier, *Comm.*, n° 22) (1).

Le mari n'est donc pas propriétaire exclusif de la communauté pendant le mariage, il n'est qu'un copropriétaire, qu'un associé. L'idée de rattacher ses pouvoirs sur la masse commune à une sorte d'administration légale, et de traduire le mot seigneur par l'expression, administrateur légal, se présente alors

(1) Autres passages de Pothier reconnaissant expressément à la femme un droit de copropriété avant la dissolution de la communauté (*Communauté*, n° 487, n° 497).

tout naturellement. Malheureusement cette traduction, pas plus que la précédente, ne peut être la bonne, elle est formellement repoussée par Pothier (*Traité du Contrat de société*, n° 70-1°), et malgré l'opinion de Laurière sur l'art. 225 de la Coutume de Paris, donner *ad libitum*, comme le permet cet article, et administrer sont deux actes tellement contradictoires, qu'il est impossible de les faire rentrer l'un dans l'autre. Mais quel est donc le synonyme juridique de l'expression seigneur? Pour moi, cette expression n'en a pas, elle est tout simplement une façon commode, abrégée, de résumer les pouvoirs exorbitants appartenant au mari sur la masse commune. Le mari, veut dire l'art. 225, a en fait, sur cette masse, les droits d'un véritable propriétaire. Il n'est pas propriétaire, mais de par la coutume, il a le droit de se comporter comme propriétaire.

Cette situation, comment l'expliquer? Pothier lui donne pour raison (*Puissance du mari*, article préliminaire), la puissance que le mariage donne au mari sur la personne de sa femme et qui s'étend aussi sur ses biens. Après avoir distingué les biens de la femme en biens communs et en biens propres, cet auteur s'exprime ainsi au n° 82 : « La puissance qu'a le mari le « rend maître absolu de tous les biens de la commu- « nauté, et lui donne le droit d'en disposer, même « pour la part qu'y a sa femme, sans qu'elle puisse « disposer elle-même sans son mari, en aucune ma-

« nière de sa part, pendant que le mariage et la com-
« munauté durent. » Cette opinion de Pothier est partagée par la généralité des auteurs (ex. : Valin, art. 22, Coutume de la Rochelle; — Duplessis, *Communauté*, liv. I, ch. IV, *in principio*).

Cet effet de la puissance du mari sur les biens de la communauté se trouve éclairé d'une vive lumière par les recherches historiques.

Chez les barbares d'origine germanique, et dans un but de protection, la femme était pendant toute sa vie en la puissance d'autrui sous un *mundium*. Jusqu'à son mariage, cette puissance appartenait au père, et à son défaut au plus proche parent mâle; au mariage, le *mundium* passait à l'époux. Il lui conférait à côté d'un droit sur la personne, un droit sur les biens de l'épouse : « Quæcumque mulier Burgundia vel Romana, dit la loi Burgonde, voluntate sua, ad maritum am-
« bulaverit, jubemus ut maritus ipse, facultate ipsius
« mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de
« rebus suis habeat. » (*Additamentum primum ad legem burgundionum*, tit. XIII, Canciani à l'*appendix*.)

Le patrimoine personnel de la femme pendant le mariage pouvait être constitué par quatre éléments différents (Pardessus, *Loi salique*, p. 672, *passim*) :

1° Biens apportés par la femme en se mariant ou lui provenant de succession et de libéralités à elle faites par d'autres que son conjoint ;

2° Dot;

3° Morgengabe ;

4° Libéralités à elle faites par son conjoint (*constante matrimonio*).

5° A l'égard des biens personnels de la femme de la première catégorie, que j'appellerai biens propres pour abréger, le mari n'en devenait pas propriétaire. C'eût été excéder la nature du *mundium*, titre de protection, de conservation et non d'expropriation. Aussi un grand nombre de documents et de formules nous montrent des femmes mariées donnant ou vendant avec l'assistance de leurs maris, les biens qui leur étaient échus par succession ou à tous autres titres. Le mari, et cela résulte d'ailleurs de la loi précitée des Burgondes, n'avait sur les biens propres de sa femme que les droits qu'il avait sur la personne. Or il n'avait, dit M. Pardessus (*L. salique*, p. 674), que l'usage de la personne, il ne pouvait la vendre, comme il avait le droit de vendre ses esclaves; il pouvait donc user des biens de la femme, mais non les aliéner. Toutefois à l'égard des biens meubles, les pouvoirs du mari étaient plus étendus. Réserve faite des objets à usage personnel de la femme, son trousseau en d'autres termes, objets dont elle gardait la libre disposition (L. Burgonde, 51-4), il était difficile que le droit d'administration dérivant du *mundium* n'entraînât pas celui de disposer du surplus du mobilier et de le consommer. Cette solution, sans être formellement consacrée par les textes, peut s'appuyer : 1° et sur un passage de Tacite, consi-

dérant l'apport mobilier de la femme comme un présent par elle fait au mari, présent dont elle avait reçu l'équivalent et au delà par la dot et le morgengabe.

2° Et sur la confusion existant en fait entre le mobilier du mari et le mobilier de la femme, confusion d'autant plus complète, qu'à l'époque où nous sommes les inventaires étaient inconnus (Pardessus, *L. salique*, p. 672; Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, p. 219).

2°-3° A l'égard des biens provenant à la femme de la dot ou du morgengabe, cette dot ou ce morgengabe, émanant en règle générale de la volonté du mari, il eût été par trop exorbitant de lui permettre de porter arbitrairement atteinte aux droits par lui constitués. Aussi, différents textes s'occupant de donations consenties par le mari seul, et ayant pour objet des biens à lui personnels, en exceptent ils formellement les objets compris notamment dans la constitution de dot, de façon à sauvegarder les droits de la femme (Schrœder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts-erstes Buch*, p. 129, texte et note 17). Les droits du mari se bornaient à administrer sans aliénation possible de son chef (Pardessus, p. 674). Toutefois, peut-être encore ici, y aurait-il lieu de distinguer entre les biens meubles et les immeubles. M. Pardessus, dans le passage précité, assimilant la situation des objets compris dans la dot ou le morgengabe, lorsque les effets de ces actes sont le plus pleins, à la situation des apports

de la femme : la conséquence logique est de permettre l'aliénation libre des meubles, de proscrire l'aliénation des immeubles.

4° Libéralités faites par le mari à sa femme *constante matrimonio*.

A raison du caractère irrévocable de ces libéralités (Pardessus, p. 678; Boissonnade, *Droits de l'époux survivant*, p. 154), le mari ne pouvait y porter atteinte arbitrairement. Toutefois, il n'est peut-être pas téméraire encore ici, et pour les mêmes raisons que dessus, de lui permettre l'aliénation libre des meubles.

En tous cas, qu'on le remarque, à supposer que le mari, à raison soit de la dot, soit du morgengabe, soit des libéralités *inter conjuges*, fût dans l'impossibilité de dissiper les meubles advenus à sa femme par l'un de ces titres, cette impossibilité résultait de sa propre volonté. Il n'aurait eu qu'à faire porter ces différents titres sur des immeubles pour échapper à la nécessité de respecter la fortune mobilière de sa femme.

De tout ce qui précède, il suit, que de par le *mundium*, le mari administrateur en principe des biens de la femme avait droit de disposer avec la plus grande liberté des biens meubles lui appartenant; les seules limites qui pouvaient restreindre ce droit émanaient de sa propre volonté.

Les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme se trouvant ainsi décrits, il ne reste plus pour connaître

d'une façon complète l'administration des biens conjugaux, qu'à connaître le sort :

1° De la fortune personnelle du mari.

2° Des biens acquis pendant le mariage et provenant de la collaboration commune, des conquêts en un mot.

1° A l'égard des biens formant le patrimoine propre du mari, le mari demeuré propriétaire exerçait en fait les droits d'un propriétaire. Une seule limite à son droit : elle résultait des droits conférés à son épouse par la dot, le morgengabe ou les libéralités *inter conjuges*. Ce point ayant été touché précédemment, je n'y reviens pas.

2° *Conquêts*. — Ici, il paraît au moins certain que la femme, dans la plupart des lois germaniques, était appelée à une portion des conquêts. La loi Ripuaire lui donne : *tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverunt* (tit. XXXVII-2°). La loi des Saxons, tit. IX, pour les Westphaliens au moins : *mediam partem de omni re quam simul conquisierunt*. Plus tard, les Capitulaires de Louis le Débonnaire réunirent les deux quotités par une distinction (*Capitula*, liv. IV, chap. IX, liv. V, chap. CCXCV). La femme avait le tiers des biens acquis en collaboration sur les possessions bénéficiales, et la moitié des acquêts faits sur les autres biens. Tel est, en ce qui concerne cette dernière règle, le sens qu'en donne M. Boissonnade (*loc. citato*, p. 148). Le principe de ce droit sur les acquêts étant la collaboration commune, il s'ensuit qu'il con-

sistait en propriété. D'ailleurs, les passages précités concordent avec cette opinion. Cette part de propriété, la femme n'y avait droit qu'autant qu'elle était survivante, les textes précités disent : *Si virum supervexerit* ; ils règlent la portion des *uxores defunctorum* ; et c'est là une raison décisive de ne pas voir encore la communauté des acquêts à cette époque. Ce qui caractérise en effet la communauté, c'est la similitude des droits, sinon leur égalité, c'est leur indépendance de la durée de la vie de chaque associé. Si, au contraire, la condition de survie est imposée à l'un ou à l'autre, il n'y a plus qu'une sorte particulière de succession, qui appliquée à la femme est un droit de viduité, mais non un droit de communauté.

De l'inexistence de la copropriété des acquêts par la femme, il s'ensuit que pendant le mariage, le mari en était propriétaire exclusif, mais à raison du droit éventuel de la femme, l'exercice de son droit de propriété était-il limité ? Pour répondre à cette question, il y a lieu de pénétrer plus avant dans l'étude du droit de la femme survivante. Ce droit n'était accordé par la loi qu'à défaut de morgengabe (Pardessus, Boissonnade) ; c'était un remède apporté par elle à l'inexistence de ce don facultatif. Dès lors, il paraît naturel de conclure que ce remède pour être efficace, devait conduire à l'impossibilité pour le mari de disposer gratuitement et sans équivalent, de dissiper en un mot les conquêts réalisés *constante matrimonio*. Toutefois, cette opinion ne me

paraît pas exacte. A raison de sa nature, droit analogue à un simple droit héréditaire, le bénéfice de la femme survivante ne devait s'exercer que sur l'état tel quel des acquêts au jour du décès du mari.

Cette opinion est l'opinion de M. Pardessus (p. 677); elle se trouve d'ailleurs corroborée par ce fait qu'en Normandie où se maintint dans ses grandes lignes, par filiation du droit germanique (Basnage, sur l'article 389 de la coutume de Normandie), le droit de la femme survivante aux acquêts, ce droit ne mettait pas obstacle au droit par le mari de disposer à titre gratuit (même auteur sur l'art. 329 page 546) par acte entre-vifs.

Le pouvoir absolu du mari sur les meubles et acquêts existait donc à l'époque du droit germanique. Sur les meubles, le mari le tenait soit du *mundium*, soit de sa qualité de propriétaire; sur les acquêts de sa qualité de propriétaire. Ce pouvoir, dans mon opinion, se maintint parallèlement avec l'introduction en France du droit de copropriété de la femme, conséquence selon l'opinion la plus commune, de la pratique des communautés taisibles. Aussi allons-nous le voir apparaître dans les premiers documents révélant l'existence de la la communauté. Le premier auteur que j'invoque est Beaumanoir (fin du XIIIe siècle) ; la communauté existait à son époque ; le passage suivant du chapitre XXI le prouve de la façon la plus claire : « Çascun set que compaignie se fait par ma-

riage, car si tost comme mariage est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par le vertu du mariage (1). » Cette communauté a un chef : le mari. Pour désigner cette qualité de chef, le vieil auteur qualifie le mari de mainburnissières. La mainbournie du mari, son nom même en fait foi. (Gide et Esmein, *condition de la femme*, page 371), descend en droite ligne du *mundium* germanique. Aussi confère-t-elle au mari un droit sur la personne de sa femme, droit presque aussi étendu qu'au temps des lois barbares. Aussi tout naturellement, voyons-nous à côté de cette mainbournie le pouvoir absolu du mari sur les meubles conjugaux, prérogative de l'époux germain. « Mais « voirs est que tant comme il vivent ensenlle li hons « en est mainburnissières, et convient que le feme sueffre « et obéisse de tant comme il apartient à lor meubles et « as despuelles de lor héritages ; tout soit ce que li « feme y voie se perte tout apertment, si convient il « qu'ele suefre le volonté de son segneur. » Du pouvoir du mari de dissiper les conquêts, il n'est pas

(1) L'existence de la communauté, c'est-à-dire d'un droit de copropriété de la femme pendant le mariage se trouve également démontrée par cet autre passage, appelant les héritiers de la femme à partager les meubles avec le mari au cas de prédécès de leur auteur : « Après la mort de l'un ou de l'autre, dit Beaumanoir (chap. xxx, n° 99) partissent aussi bien li hoir devers le femme comme par devers l'omme. » Cette vocation des héritiers serait inexplicable en l'absence du droit de copropriété de la femme.

question expressément dans ce passage; mais il est à remarquer que Beaumanoir, au même endroit, tout en reconnaissant au mari l'impossibilité d'aliéner un héritage propre de sa femme sans son consentement se tait sur les conquêts. Ce silence ne s'explique-t-il pas par l'existence du pouvoir indépendant, absolu du mari? Et, qu'on le remarque, ce pouvoir absolu ne trouvait pas un obstacle dans l'existence toute nouvelle du douaire légal. Ce douaire, récemment établi par l'ordonnance de Philippe-Auguste, ne frappait pas en effet les conquêts, mais simplement, selon l'expression de Beaumanoir « la moitié de tout l'eritage que li hons a au jour qu'il espouse » (chapitre XIII, n° 2) (1).

Nous reconnaîtrons donc à l'époque de notre vieil auteur la faculté pour le mari de dissiper les acquêts conjugaux. Ce fut là un vestige du droit de propriété du mari. Le pouvoir absolu du mari sur les acquêts survivait ainsi à sa cause. Il fut dès lors naturel chez les anciens jurisconsultes et Pothier en particulier, de le rattacher à la puissance maritale qui, elle, subsistait, et de faire dériver de cette cause unique la qualité de seigneur et maître de la communauté.

La constatation par Beaumanoir de la coexistence

(1) Les assises de la Cour des Bourgeois sont plus explicites sur les pouvoirs du mari en matière de conquêts. « Durant le mariage il peut, suivant leur propre expression, les boire et les manger (chap. CLXII) » (Gide et Esmein, *Condition de la femme*, p. 376, note 1).

de la communauté et du pouvoir absolu du mari sur les meubles conjugaux et les acquêts, fut bientôt renouvelée et ce serait faire un véritable abus de la science que de citer tous les ouvrages qui la mentionnent. Qu'il me suffise de citer les œuvres suivantes relatives aux usages parisiens, usages qui devinrent bientôt, comme on le sait, le droit commun de la France en matière de communauté.

Les coutumes notoires du Châtelet de Paris de la fin du XIVe siècle déclarent dans les art. 14 et 19 les conjoints communs en meubles et conquêts. Voilà pour la communauté. Quant au pouvoir absolu du mari sur les meubles et conquêts, les coutumes sont aussi formelles que possible. L'art. 14 précité appelle le mari, maître des meubles ; l'art. 164 en permettant au mari de forfaire les conquêts vient consacrer à son profit le *jus abutendi* dans toute sa plénitude. De même, au siècle suivant, les décisions de Jean Desmares, réitèrent dans les numéros 70, 152, 161, les mêmes règles de droit.

La persistance de ces règles devait conduire infailliblement à leur consécration dans la première coutume de Paris. Ce fut là l'objet des art. 107 et 110 ; le second relatif à l'existence de la communauté, le premier au pouvoir absolu du mari. Ce dernier article s'exprime en ces termes : « Le mary est seigneur des meubles « et conquêts immeubles par lui faits durant et cons- « tant le mariage de luy et de sa femme, en telle ma- « nière qu'il les peut vendre, aliéner et hypothéquer,

« et en faire et disposer par disposition faite entre-
« vifs à son plaisir et volonté sans le consentement de
« sadite femme à personne capable et sans fraude. »
Cet article, sans énoncer expressément la faculté pour le mari de donner entre-vifs des biens communs, la consacre virtuellement par les termes suivants : « faire et disposer par disposition faite entre-vifs à son plaisir et volonté ». Ces expressions embrassent évidemment le droit de donner entre-vifs, d'autant plus qu'elles suivent l'énumération des actes à titre onéreux accessibles au mari. Aussi telle était l'opinion admise sans discussion par Dumoulin, la plus en harmonie d'ailleurs avec la qualité ancienne de propriétaire exclusif dont les pouvoirs du mari étaient une dérivation. Malgré l'autorité de ce grand jurisconsulte et après sa mort, la question fut portée le 14 août 1571, jusqu'au Parlement de Paris (Le West, arrêt 114). C'est qu'en effet l'intervalle qui sépare les deux coutumes de Paris, se trouve marqué par la tendance générale à protéger la femme contre les pouvoirs absolus de son mari. La généralisation du droit de renoncer à la communauté, l'introduction du bénéfice d'émolument, l'établissement de la séparation de biens judiciaire datent de cette époque. Dans le même ordre d'idées, on voulut réagir par une limitation à ses pouvoirs, contre l'omnipotence du mari. « La communauté de biens entre
« époux, est une société, disait-on, devant le Parle-
« ment de Paris ; le mari est investi d'un pouvoir gé-

« néral à l'effet de l'administrer ; or il est de principe « que la faculté de donner n'est jamais comprise dans « pareil mandat. » Cette argumentation ne pouvait réussir contre l'énergie et la généralité de l'art. 107. Elle était d'ailleurs contraire à la tradition historique, à l'opinion des anciens docteurs, de Balde en particulier (*Consilio* 235 *in secundo volumine*). Aussi fut-elle repoussée, mais pour supprimer à l'avenir toute contestation possible, le mot (donation) fut exprimé dans l'art. 225 de la coutume de Paris, le surplus de la rédaction se trouvant d'ailleurs identique à l'art. 107 (Ferrières, sur l'art. 225, Coutume de Paris).

ARTICLE II

EXERCICE PAR LE MARI DU DROIT DE DISPOSER ENTRE-VIFS DES BIENS COMMUNS

Ce qui distingue les documents de l'ancien droit sur cette question, c'est leur divergence, leur défaut d'harmonie. Cette particularité a sa cause dans le défaut de rédaction, dans l'obscurité des termes de la coutume relatifs au droit du mari. Il était, dès lors, tout naturel aux anciens interprètes de faire servir ce défaut de rédaction à leurs vues personnelles et de restreindre plus ou moins l'exercice du droit du mari, selon qu'ils étaient plus ou moins partisans de la protection de la femme.

Cette observation générale une fois faite, j'en arrive à l'examen de la question en elle-même. Je reproduirai spécialement l'opinion de Pothier; cet auteur a été en effet le principal inspirateur du Code civil en matière de communauté.

L'art. 225, tout en consacrant pour le mari la faculté, en qualité de seigneur, de disposer à titre gratuit des meubles et conquêts immeubles ne parlait expressément que des conquêts immeubles faits par le mari durant et constant le mariage; il apportait en outre comme restriction au droit du mari de ne pouvoir disposer qu'au profit de personne capable et sans fraude. Ces deux dispositions avaient donné lieu à de nombreuses controverses.

Première disposition. — Fallait-il permettre au mari la libre disposition des conquêts immeubles :

1° Faits par la femme pendant le mariage;

2° Provenant d'une clause d'ameublissement (1);

(1) J'aurais pu passer sous silence ce 2°; je ne m'occupe, en effet, que du régime de communauté légale, or l'ameublissement n'existe que sous une communauté conventionnelle. Mais j'ai préféré reproduire d'une façon complète les hésitations des anciens auteurs sur notre première disposition. L'expression du mot conquêts, que j'emploie dans un but d'abréviation, pour désigner les immeubles ameublis, bien que, n'étant pas rigoureusement exacte, peut s'autoriser d'un passage de Ferrières sur l'art. 225 (*Cout. de Paris*, Glose 1re, n° 9).

3° Donnés à la femme pendant le mariage par des étrangers ou par des collatéraux.

Pour les premiers, la solution allait sans difficulté. Ils étaient présumés faits des deniers de la communauté; dès lors, le mari devait avoir sur eux les mêmes pouvoirs que sur les deniers qu'ils remplaçaient (Renusson, *Traité de la communauté*, 1re partie, chap. VI; Duplessis, *Communauté*, liv. I, chap. III).

Pour les seconds, Duplessis s'appuyant sur les termes de l'art. 225 et sur « la fraude dont serait victime l'intention du donateur », refusait au mari la libre disposition de l'objet donné au préjudice de sa femme.

De même pour les immeubles ameublis, la question était controversée et Lebrun rapporte de longues raisons de douter.

Toutefois, l'opinion commune dont Dumoulin avait été un des premiers partisans était de proclamer la souveraineté du mari sur tous les biens de la communauté. L'argument principal de cette opinion était de prétendre que les termes « par luy faits » de l'art. 225 avaient été glissés dans le texte par inadvertance (Pothier, *Du droit des conjoints sur les biens de la communauté*, n° 468; Ferrières, sur l'art. 225, *Coutume de Paris*).

Deuxième disposition. — La restriction apportée par la fin de l'art. 225 avait pour fondement le caractère de bonne foi du contrat de mariage. « Le contrat de « mariage est de bonne foy, disait Coquille (Question « 106), ce qui est prouvé en ce que l'action qui en ré-

« sulte, *quæ est rei uxoriæ actio*, est de bonne foy. Il « faut entendre et suppléer tout ce qui est *ex bono et* « *æquo*. Pourquoy faut dire que le mary ne peut et ne « doit exercer cette puissance et seigneurie qu'il a ès- « meubles et conquêts, sinon avec équité, modéra- « tion et raison... ; et la nouvelle Coustume de Paris, « art. 225, parlant de cette liberté du mari adjoute ces « mots : sans fraude ». Restait maintenant à faire l'application du texte de la Coutume. Ici des difficultés se présentaient.

Le mari ne doit pas faire fraude à sa femme par une disposition à titre gratuit. Cela est entendu. Mais ne va-t-on pas, par cette absence de fraude, supprimer la possibilité pour le mari de disposer à titre gratuit. « Comment peut-on concevoir, disait Ferrières sur l'ar- « ticle 225, qu'une donation d'un bien de la commu- « nauté faite par le mari, ne soit pas au préjudice de « la femme, et en fraude de la part qu'elle y aura, « après le décès de son mari au cas qu'elle accepte ? » Aussi la jurisprudence et les auteurs avaient-ils dû, à peine de supprimer le droit de disposer à titre gratuit, ne frapper que l'exercice véritablement abusif de ce droit. Cet exercice était tel :

1° Lorsque la libéralité tendait à enrichir le mari au détriment de la part de la femme dans la communauté; il y avait là une rupture de l'égalité au profit du mari qui devait être réprimée.

2° Lorsque par son étendue, ou par les circonstan-

ces où elle intervenait, la donation semblait n'avoir pour but que le dépouillement de la femme ou de ses héritiers. Ici, c'était avant tout une question d'espèce.

Pour l'application de ces deux principes, des présomptions étaient admises dans l'ancien droit, dispensant la femme ou ses héritiers d'une preuve directe de la fraude.

Etaient présumées frauduleuses au premier titre :

1° Les donations faites par le mari à ses héritiers présomptifs (collatéraux, enfants d'un premier lit).

2° Les donations aux bâtards ou concubines.

3° Les donations aux personnes dont le mari était l'héritier présomptif.

Les deux premières sortes de donations étaient censées en fraude comme produisant au profit du mari et aux dépens de la communauté un avantage direct; elles aboutissaient en effet soit à exonérer le mari des charges dont les écarts de sa conduite étaient la cause, soit à enrichir ses héritiers. « Or, disait Pothier (*Communauté*, n° 487), avantager ses héritiers, c'est en quelque sorte s'avantager soi-même, puisque nous regardons ceux qui doivent nous succéder comme devant être la continuation de nous-mêmes, et que c'est pour eux que nous travaillons. »

La troisième sorte de donation était censée faite en fraude comme permettant au profit du mari un avantage indirect. « Il ne donne le conquêt, disait Pothier « (*Communauté*, n° 481) que pour qu'il lui revienne

comme propre dans la succession du donataire et par ce moyen, s'en avantager indirectement au préjudice de la part qu'aurait eue sa femme, dans ce conquêt, s'il ne l'eût pas donné. »

La prohibition de ces trois sortes de donations cadrait parfaitement avec l'interprétation du mot fraude donnée par Dumoulin dans ses notes solennelles sur l'art. 107. « C'est, avait-il dit, s'enrichir ou ses hoirs en diminution de la communauté. » Aussi était-elle admise universellement (Valin, Pothier, Renusson, Lebrun); mais à côté d'elle et par extension en figuraient d'autres produites seulement par quelques auteurs. Duplessis (*Communauté*, liv. I, chap. III) considérait comme frauduleuses les donations faites à des parents proches collatéraux, quoiqu'ils ne fussent pas héritiers présomptifs. Renusson (*Communauté*, 1re partie, chap. IV) était du même avis, mais en exigeant que la donation fût de quelque importance. Lebrun, lui, n'exigeait pas la qualité d'héritier présomptif chez le donataire au jour de la donation. Il suffisait qu'il devînt héritier du mari. Pothier repoussait ces décisions : la donation entre-vifs, disait-il, sortant effet au jour où elle intervenait, il fallait qu'à cette époque existât la fraude, partant la qualité d'héritier présomptif chez le donataire (*Communauté*, 484, 485).

Les prohibitions précédentes souffraient quelques tempéraments. La donation cessait d'être frauduleuse quand elle s'adressait à un enfant commun; l'enfant

n'appartenant pas moins à la femme qu'au mari, on ne peut pas dire, disait Pothier, que ce dernier s'enrichisse dans la personne de l'enfant au préjudice de sa femme. Même décision au cas de donataire héritier présomptif des deux conjoints (Pothier, nos 487, 488 *in fine*). De même encore tout caractère frauduleux disparaissait quand la donation était moins une libéralité que l'acquittement d'une dette naturelle grevant la communauté du chef du mari (n° 489). Toutefois il y avait lieu ici de faire des distinctions.

Étaient présumées frauduleuses au deuxième titre les donations faites à un étranger ou à un enfant commun, mais portant sur l'universalité de la communauté ou sur une quote-part (Valin, sur l'art. 22 *De la coutume de La Rochelle*, § 2, n° 19; Duplessis, t. I, p. 376, à la note). Pareille donation, disait Valin, marquait plutôt un dessein de faire tort à sa femme que d'exercer sa générosité envers quelqu'un qui l'aurait méritée. Telle était encore la donation intervenant dans des conditions suspectes, par exemple la veille du décès de la femme (Bourjon, *Droit commun de la France*, 4e partie de la *Communauté*, chap. I, sect. II, n° 7); le désir de porter préjudice à ses héritiers était alors présumé. Mais, qu'on le remarque, ce caractère frauduleux des donations de deuxième espèce, à la différence des donations de première espèce, ne s'imposait pas. Tout dépendait des circonstances, et Dumoulin cite un

exemple de donation universelle parfaitement valable (Dumoulin, sur l'article 107).

Une règle commune aux libéralités présumées frauduleuses de la première ou de la deuxième espèce était que le vice présumé de fraude se trouvait purgé par le concours de la femme à la donation. C'était logique, la fraude ne s'appréciant que par rapport à la femme, il était évident que grâce à ce concours la donation ne pouvait pas paraître faite en fraude, car, disait Pothier : *nemo volens fraudatur* (Pothier, *Communauté*, 2ᵉ partie, art. 2, n° 494; Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. II, n° 23).

ARTICLE III

SORT DE LA DONATION FRAUDULEUSE

Un premier point était, qu'en cas de renonciation à la communauté par la femme, la donation frauduleuse échappait à toute critique; la femme n'ayant aucune part dans la communauté ne pouvait prétendre en effet que la donation eût été faite en fraude de sa part. Mais *quid*? en cas d'acceptation? L'opinion unanime était que le mari ne pouvait se plaindre de la donation frauduleuse, il n'était en effet frappé d'incapacité qu'à l'égard de sa femme (Bourjon, *Droit commun*, 4ᵉ partie de la *Communauté*, chap. I, section II, n° 11), les mots sans fraude ayant été introduits exclusivement

dans l'intérêt de cette dernière. La critique n'était donc accessible qu'à la femme, et encore était-elle restreinte à la moitié de la libéralité; telle était en effet la mesure du préjudice causé, l'autre moitié appartenant au mari.

Pour se faire indemniser de ce préjudice, la femme, selon l'opinion la plus commune, ne pouvait qu'exiger à titre de récompense, l'imputation sur la part du mari, de la valeur de la donation; cette valeur ayant été au préalable rapportée fictivement à la masse commune (Pothier, *Traité de la Communauté*, art. 2, n° 496; Valin sur l'art. 22, Coutume de la Rochelle, § 2; Bourjon, *loc. cit.*, n° 12). « La donation, quelque frauduleuse qu'elle ait été dans l'origine, disait Valin, lui est en effet indifférente, du moment qu'elle trouve à s'en indemniser sur le reste de la communauté. » D'action en révocation de la moitié de la donation, il n'était question que lorsque la communauté était insuffisante à parfaire la récompense due à la femme. C'était là un moyen subsidiaire. Il entraînait l'éviction du donataire, sauf recours contre le mari, la donation tenant toujours dans les rapports du donataire et du mari (Bourjon, *Droit commun de la France*, 4° partie de la *Communauté*, chap. I, section II, n° 13).

Lebrun plus radical, sous prétexte de nullité absolue de la donation frauduleuse, en ce qui concernait la part de la femme, admettait *de plano* l'action révocatoire au profit de cette dernière. Mais cette opinion

était à peu près isolée, elle était beaucoup plus dure à l'égard du donataire; en effet, elle aboutissait toujours à l'éviction, et selon Lebrun, à raison du caractère absolu de la nullité de la donation, laissait le donataire sans recours contre le donateur. De plus, tandis que dans la première opinion. la femme créancière d'une récompense, n'avait droit aux intérêts de cette récompense, comme de toute autre, qu'à dater du jour de la dissolution de la communauté (Pothier, n° 496, *in fine*), dans la seconde, ce qui étant nul ne pouvant produire aucun effet, les intérêts ou les fruits lui étaient dus du jour de la donation.

Remarque. — A côté du cas particulier où, suivant l'opinion commune, le mari devait récompense à la communauté, à raison d'une donation frauduleuse, il en existait un autre où, en l'absence de fraude, la même obligation lui incombait. C'était, quand au lieu de donner en qualité de chef de la communauté. le mari manifestait, soit expressément, soit virtuellement. l'intention de donner en son propre nom et sur sa part. En l'absence de déclaration expresse, la volonté d'être donateur, *proprio nomine* devait être suffisamment claire, « la présomption étant, dit Pothier, n° 648, que le mari est censé faire en qualité de chef de communauté, tous les actes par lesquels il dispose des effets communs. » L'effet de pareille volonté était, conformément à l'intention du donateur, de décharger la femme

du fardeau de la donation, partant d'obliger le mari, lors même que la donation n'était pas frauduleuse d'après les règles précitées, à la précompter sur sa part au partage de la communauté (Pothier, *Communauté*, n° 488).

CHAPITRE II

DROIT CIVIL ACTUEL

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Le texte principal, relatif au pouvoir par le mari de disposer à titre gratuit et par acte entre-vifs des biens de la communauté, est l'art. 1422. Cet article, véritable pivot de la matière, se trouve d'ailleurs complété par d'autres dispositions éparses dans le Code (articles 1437, 1438, 1439, 1469, 1480).

La rédaction de l'art. 1422 mérite l'attention. Cet article débute par la négation, en principe, du droit par le mari de donner les biens de la communauté, meubles ou immeubles. Ce sens, que je donne au premier alinéa de l'article, se trouve commandé et par les termes de l'alinéa lui-même, et par le deuxième alinéa de l'art. 1422. Ce deuxième alinéa, par l'expression néanmoins, nous indique en effet qu'il apporte une exception à une règle précédemment établie. Or, cette exception est relative à la disposition à titre particulier d'un objet mobilier, c'est donc que la règle posée dans l'art. 1422-1°, quoique étrangère dans ses termes à ce

genre de disposition, était aussi générale que possible dans la pensée du législateur.

Par la négation, en principe, du droit pour le mari de donner les biens de la communauté, l'art. 1422-1° vient prendre le contre-pied des anciennes coutumes (1). C'est qu'en effet, déjà dans l'ancien droit, le pouvoir du mari de disposer à titre gratuit avait été critiqué comme contraire à l'essence de la société qui existe entre les époux, soit par la coutume, soit par la convention des parties. « Le mari, disait Ferrières, sur « l'art. 225, Coutume de Paris, peut bien être maître « de la communauté, comme chef, pour en adminis- « trer les biens, et non pas pour les perdre de dessein « prémédité; car *donare* est *perdere*; l'administration « rend quelquefois les aliénations nécessaires, mais « les donations entre-vifs, sans cause, ne devraient « être permises au préjudice du droit que la femme « aura dans les biens de la communauté au jour du « décès du mari par l'acceptation qu'elle en fera. »

La critique était juste, aussi fut-elle répétée par les rédacteurs du Code. « Le droit coutumier, disait Du- « veyrier dans son rapport au Tribunat, laissait au « mari la faculté de donner tout : meubles et immeu- « bles, soit par acte entre-vifs, soit par testament (2);

(1) *Secus*, en matière d'actes à titre onéreux; là les pouvoirs de l'ancien droit sont maintenus (art. 1421).

(2) Il y a là relativement au droit de tester une erreur commise par Duveyrier (Pothier, n° 474).

« mais depuis longtemps on sentait l'abus de ce droit « illimité qui pouvait dépouiller impunément la femme « lorsque les biens personnels de son mari ne suffi- « saient pas à ses reprises » (Fenet, t. XIII, p. 720). Et plus loin, Siméon devant le Corps législatif, justifiant l'innovation en matière d'actes à titre gratuit (même volume de Fenet, p. 815), s'exprime en ces termes : « Lorsque le mari hypothèque ou aliène, on « présume que c'est par besoin. Il reçoit un prêt ou le « prix d'une vente; on croit qu'il en fera un emploi « utile. Hypothéquer, vendre, c'est administrer, mais « donner, sous certains rapports, c'est perdre. La dis- « position à titre gratuit excède les pouvoirs de l'ad- « ministrateur; car administration et conservation « sont des termes corrélatifs, et si l'administration « exige des sacrifices, ils doivent avoir une indem- « nité que la disposition à titre gratuit ne peut pas « donner. »

Toutes ces critiques aboutirent au vote de l'art. 1422 actuel; mais, qu'on le remarque, tout en se séparant du texte des coutumes de l'ancien droit sur le droit de disposer à titre gratuit, l'article respecte l'esprit de ce droit dans la formule de son innovation. Jugeant *a priori* les donations immobilières plus préjudiciables à la femme que les donations mobilières, il vient proscrire les premières et permettre presque librement, comme on le verra, les secondes. N'est-ce pas là un vestige de l'ancienne maxime (*res mobilis*, *ergo vilis*) dont les traces

se rencontrent malheureusement à chaque pas dans le Code civil.

Section première. — Dispositions permises au mari.

De l'art. 1422, il résulte :

1° Que le mari peut exceptionnellement donner les immeubles de la communauté, l'universalité ou une quotité du mobilier quand il s'agit de l'établissement des enfants communs ;

2° Qu'il peut également disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit.

Je suis dès lors conduit tout naturellement à étudier, dans un premier article, les dispositions permises exceptionnellement au profit des enfants ; dans un second, les dispositions permises quel que soit le donataire. Un troisième sera consacré à l'examen d'un certain nombre de questions communes aux deux genres de dispositions permises.

ARTICLE PREMIER

DISPOSITIONS PERMISES EXCEPTIONNELLEMENT AU PROFIT DES ENFANTS

I. *Conditions pour qu'elles soient possibles.* — Le premier alinéa vient lever la prohibition de donner les objets qu'il énumère quand il s'agit de l'établissement des enfants communs. L'habitude de la loi est, en effet,

de prodiguer les facilités en pareille matière (1427, 1556, Code civil). Sous le régime de communauté spécialement, là où la société de biens entre époux a pour objet de subvenir aux charges communes, il était rationnel qu'une dette commune (1) aux deux époux pût être acquittée avec une partie quelconque du patrimoine commun, et permettre pour atteindre ce but pareille disposition au mari, n'était pas porter préjudice à la femme, celle-ci y gagnant la libération d'une dette personnelle.

Mais que faut-il entendre par le mot établissement de l'art. 1422 ? La même question se pose d'ailleurs sur les art. 1556 et 1427. On irait certainement contre la pensée de la loi en prenant le terme établissement dans le sens restreint d'un établissement par mariage. L'art. 204 du Code civil suppose, en effet, qu'il peut

(1) Cette dette commune est une simple obligation morale, elle n'est même pas une dette naturelle. La loi, en effet, dans l'art. 1422-1° appelle disposition à titre gratuit l'acte destiné à l'acquitter, Or s'il s'agissait de l'acquittement d'une dette naturelle, pareil acte ne pourrait être qu'un payement par suite un acte à titre onéreux. Je laisse de côté pour justifier l'absence d'une dette naturelle, l'obligation où se trouve l'enfant de rapporter à la succession (art. 851) ce qui a été employé pour son établissement. Cet argument ne me paraît rien moins que décisif. La loi assimile en effet, en matière de rapport à succession, aux libéralités certains droits acquis à titre onéreux (rapport de dettes); par suite on ne peut pas dire que l'obligation de rapport soit caractéristique de la nature de l'acte intervenu entre un père et ses enfants.

en être autrement ; mais quand y a-t-il établissement ? Ce dernier article, en faisant dériver l'établissement du mariage, nous permet d'arriver à une définition. Ce qui caractérise en effet le mariage pour une fille (et l'art. 204 vise spécialement cette hypothèse, puisqu'il s'agissait de proscrire l'obligation de doter en usage dans les pays de droit écrit), c'est la création d'un état, d'une situation désormais indépendante de sa propre famille. Dès lors il n'est pas téméraire d'appliquer le mot établissement à tout état, toute condition de nature à procurer à l'enfant une existence indépendante, le complément pour ainsi dire de son existence civile. Pour répondre à sa destination, pareil état doit évidemment présenter certain caractère de fixité.

Cette définition du mot établissement est admise par la généralité des auteurs et par la jurisprudence (Toullier, XIV, 192 ; Benoît, *Traité de la dot*, I, 222 ; Tessier, *Traité sur la dot*, I, p. 376 ; Aubry et Rau, tome V, § 537, note 105 ; Bordeaux, 31 août 1840, S., 1842, 2, 146 ; Ch. req., 10 avril 1864, S., 64, I, 174).

La donation devra donc avoir pour but de fournir à l'établissement de la nature précitée. Ce but n'aura pas besoin d'être exprimé, sinon, ce serait ajouter à la loi ; sa poursuite pourra se trouver révélée par les circonstances, et leur appréciation sera faite souverainement par les juges du fonds (27 juin 1859, S., 59, I, 665).

Le caractère exceptionnel de la disposition permise

au profit des enfants exige impérieusement qu'elle ait pour but leur établissement. Or, pareil but ne pourra évidemment exister légalement, quand la donation interviendra à une époque où l'enfant, soit grâce à ses parents, soit pour toute autre raison, se trouvera lui-même en possession d'un état, d'une situation indépendante. En vain, prétendrait-on, comme on l'a fait, devant la Cour de cassation, que toute libéralité ajoute à l'aisance de l'enfant, et complète ainsi son établissement (pourvoi dans l'arrêt de 1864 précité. Conclusions de l'avocat général Nicod, du 6 avril 1838, S., 1846, 2, p. 161, n. 2); pareille doctrine aurait pour résultat de rendre inutiles les expressions (pour l'établissement); toute donation ayant pour but et pour résultat d'ajouter à l'aisance de l'enfant. Les termes de l'art. 1422, d'accord avec les principes d'interprétation en matière d'exception doivent donc conduire à la rejeter. Toutefois un tempérament pourrait être proposé. L'obligation d'établir les enfants était considérée par les rédacteurs du Code civil (Fenet, t. IX, p. 65, et t. XIII, p. 751), comme une sorte de prolongement de l'obligation alimentaire consacrée par l'art. 203; or, le *quantum* de l'obligation alimentaire s'évalue, comme on le sait, en tenant compte des ressources du débiteur. Dès lors cette base d'évaluation ne peut-elle pas intervenir également en notre matière, et ne pourrait-on pas autoriser un père à compléter après coup, en biens communs, un établissement estimé insuffisant par

rapport aux fortunes des deux conjoints? L'arrêt de 1864 précité semble partager cette opinion, conforme d'ailleurs à ma manière de voir.

Le mot enfants comprend-il les petits-enfants? Pour l'affirmative, on pourrait dire : le principe est que dans les matières favorables, le mot enfants embrasse toujours les petits-enfants. La règle des docteurs est en effet : « *In odiosis filiorum appellatione nepotes non veniunt, sicut in favorabilitus, nempe ad sui commodum, ad acquirendum, ad retinendum* ». A l'appui de cette opinion, on peut citer en outre : Dumoulin, *Cout. de Paris*, titre I, § 15, glose I ; 220, Digeste, *De verborum significatione*, livre L, t. XVI ; Merlin, *Répertoire*, v° *Enfants*, n° 2 ; Aubry et Rau, tome V, page 585, § 537. Toutefois, la négative me paraît plus sûre ; nous sommes ici, en effet, en une matière exceptionnelle ; les mots doivent être pris à la lettre. D'ailleurs le même motif de décider n'existe pas. L'obligation d'établir les enfants communs était considérée, avons-nous vu, par les rédacteurs du Code, comme une sorte d'extension, de l'obligation alimentaire dérivant du mariage et pesant sur les deux conjoints. Là se trouve la justification de l'exception. Or pareille dette alimentaire incombe aux père et mère et non aux grand-père et grand'mère. Par suite disparaissant la justification de l'exception doit disparaître également l'exception. Néanmoins, lorsque les père et mère sont dans l'impossibilité de satisfaire à la dette dont s'agit, pareille dette incom-

bant aux ascendants supérieurs, il en est de même de l'obligation morale d'établir. Dès lors, et seulement dans ce cas, l'aliénation que ferait le mari au profit des petits-enfants communs, dans les termes de l'article 1422-1° serait à l'abri de toute critique.

II. *Étendue des libéralités permises.* — 1° Donation d'immeubles. Cette donation peut porter sur l'ensemble des immeubles de la communauté. La loi prohibe en effet, en principe, l'aliénation des immeubles, c'est-à-dire, l'aliénation de tous, aussi bien que d'un seul ; la portée de l'exception doit dès lors être aussi générale que la portée de la règle elle-même.

2° Donation à titre universel des meubles. La loi vient permettre exceptionnellement et dans le but d'établir les enfants communs, la donation à titre universel du mobilier de la communauté. Cette portée que je donne au § 1er de l'art. 1422, en matière mobilière, résulte et des expressions : « universalité du mobilier, quotité du mobilier », éveillant l'idée d'une disposition à titre universel et du rapprochement du premier alinéa de l'article d'avec le second où la loi s'occupe spécialement des donations à titre particulier ; c'est donc, peut-on conclure que les dispositions à titre universel ont été visées précédemment. La donation à titre universel est celle qui porte sur le patrimoine ou sur une quote-part du patrimoine (Demolombe, n° 454, tome XX) et le patrimoine se composant essentiellement des biens présents et à venir (art. 2092), force est donc de chercher

l'application de 1422-1°, en matière de donations mobilières, exclusivement dans les donations de biens à venir, c'est-à-dire dans les institutions contractuelles. L'art. 1422-1° vient donc prohiber, en principe, les donations de biens à venir, à titre universel, de l'espèce dont s'agit, les permettre au contraire exceptionnellement. La prohibition allait de soi. La donation de biens à venir n'a d'effet qu'à la mort du donateur, c'est-à-dire, dans l'espèce, à la dissolution de la communauté ; or à cette époque le mari n'est plus maître de la communauté. Comment dès lors pourrait-il grever la part de la femme dans la communauté au profit de ces libéralités ? L'exception à la prohibition au contraire est remarquable en ce qu'elle donne à la qualité de maître de la communauté une sorte d'existence postérieure à ce régime.

L'application que je donne à l'art. 1422-1° en matière mobilière découle sans effort de la nature de la disposition permise. Certains auteurs sont arrivés au même résultat par un autre chemin. « L'art. 948 du Code « civil exige, a-t-on dit, que toute donation de meu« bles soit accompagnée d'un état des meubles donnés, « or la rédaction de cet état donne toujours à la dona« tion le caractère d'acte à titre particulier (Colmet de « Santerre, sur l'art. 1422). Il faut donc chercher « l'application de l'art. 1422-1° dans des donations « dispensées de l'état dont s'agit, partant dans des « donations de biens à venir. » Cette argumentation

me paraît moins solide que la précédente. Est-il vrai de dire qu'à supposer la possibilité d'une donation universelle de biens présents, telle donation une fois exprimée se trouverait convertie, *ipso facto*, par l'énumération subséquente des objets qu'elle comprend, en une donation à titre particulier? Je ne le crois pas (1). Tout dépendrait, je crois, de l'intention du donateur. A-t-il entendu donner, *per modum universitatis*, ou *tanquam res singulas*? et pour le cas spécial d'une donation mobilière, si l'interprétation était douteuse, je me déciderais pour la donation universelle, l'existence de l'état estimatif se trouvant exigée pour des raisons particulières (Règle : donner et retenir ne vaut).

ARTICLE II

DISPOSITIONS PERMISES, QUEL QUE SOIT LE DONATAIRE

Aperçu général. — La deuxième disposition de l'art. 1422 vient permettre d'une façon générale au mari la disposition à titre particulier des effets mobiliers, quelle que soit la personne du donataire. Une seule limite au droit du mari : il faut que la donation soit faite sans réserve d'usufruit à son profit. Toute donation accompagnée de cette réserve lui est inter-

(1) Cette compatibilité de l'énumération des objets donnés avec le caractère universel de la donation est admise par Pothier (*Donations entre-vifs*, section III, art. 2, n° 139).

dite. Cette restriction est reproduite de Lebrun (*Communauté*, chap. II, sect. I, n° 34); elle n'était pas, au contraire, admise par Pothier (*Communauté*, n° 480). Elle est inspirée par l'esprit qui autrefois avait engendré la règle : donner et retenir ne vaut. On veut, par une atteinte directe à la jouissance du mari, refroidir chez lui l'intention d'une libéralité (Fenet, t. XIII, p. 721). Si, en effet, le mari pouvait se réserver l'usufruit, il ne souffrirait pas dans sa jouissance ; il aurait l'usage du meuble donné, ses revenus quand le meuble en produit ; à peine s'apercevrait-il que la propriété est aliénée. Il pourrait, dès lors, se montrer généreux aux dépens du capital de la communauté, et n'être pas retenu dans ses intentions libérales par son intérêt personnel (1).

II. *Objet de la libéralité permise au mari.* — La libéralité à titre particulier permise au mari peut porter

(1) Nota. Cette impossibilité de se réserver l'usufruit, ne pourrait être motivée par le désir d'empêcher le mari de profiter personnellement de la donation par lui faite. En effet, cet usufruit réservé ne serait pas propre au mari, il serait nécessairement commun, soit en qualité de droit acquis à titre onéreux pendant le mariage, soit comme dernier reste du droit de propriété qui était commun. Dès lors la communauté se dissolvant autrement que par la mort du mari, l'usufruit devrait être partagé entre le mari et la femme ou ses héritiers, en sorte que le mari ne gagnerait rien, quant à la jouissance du bien, par suite de la réserve d'usufruit. De même évidemment, le mari ne gagnerait rien non plus, si la communauté se dissolvait par son prédécès.

sur tous les meubles de la communauté quels qu'ils soient. Cette traduction du mot effets mobiliers de l'alinéa 2 se trouve commandée et par la définition légale de l'art. 535 du Code civil et par l'antithèse du mot effets mobiliers d'avec l'expression immeubles du premieralinéa. Tous les meubles de la communauté, quels qu'ils soient, pourront donc être l'objet de la donation du mari, même les sommes d'argent (D. P., 62,2,206). Dès lors, la seule restriction au droit du mari dérivera de la qualité de propres que pourront revêtir certains meubles de la femme. Cette restriction n'est pas illusoire. Des meubles propres sont en effet possibles, même sous le régime de la communauté légale (voir notamment l'art. 1401-2° *in fine*, et la facilité d'application de cette *finis* admise par la jurisprudence. S., 1880, I, 336), et même dans l'opinion faisant découler du droit d'administration du mari sur les propres de sa femme, le droit d'aliéner ses meubles à titre onéreux, personne ne va jusqu'à en permettre la disposition à titre gratuit, pareille disposition étant incompatible avec la qualité d'administrateur (Aubry et Rau, V, § 522, p. 458).

A côté des meubles affectant le caractère de propres, par application des dispositions légales, il y en a d'autres qui doivent leur être assimilés. Ce sont ceux qui par leur nature ont plutôt une valeur d'affection qu'une valeur pécuniaire, et qui par suite ne sauraient faire partie d'une association pécuniaire comme le ré-

gime de communauté. Tels seraient par exemple, les portraits de famille (Pothier, *Communauté*, n° 64; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, n° 534). Cette sorte de meubles, s'ils sont propres à la femme, échappera au droit de disposition du mari (27 février 1874, S., 1874, I, 477).

III. *Étendue de la libéralité*. — La loi n'exigeant que deux conditions pour que la donation soit permise au mari, à savoir : 1° le caractère à titre particulier; 2° l'absence de réserve d'usufruit à son profit, et ne fixant pas de limite au taux de la libéralité, il s'ensuit nécessairement que cette libéralité, du moment qu'elle satisfait aux deux conditions précitées, pourra être excessive; elle pourra même absorber la totalité des meubles communs (1) (Laurent, tome XXII, n° 11, avocat géné-

(1) Il paraît à première vue contradictoire de permettre au mari de donner à titre particulier la totalité des meubles présents et de lui interdire de donner à titre universel une quotité de meubles communs, si ce n'est au profit des enfants. En effet, peut-on dire, la première disposition dépouille actuellement la communauté, elle aboutit à un appauvrissement immédiat. La seconde, au contraire, ne pouvant être qu'une donation de biens à venir, laisse la communauté propriétaire des biens donnés jusqu'à sa dissolution. La deuxième disposition, même abstraction faite de l'étendue, est donc moins préjudiciable à la communauté que la première. Dès lors, n'est-il pas contradictoire de permettre la libéralité plus préjudiciable, d'interdire la libéralité moins préjudiciable? Réponse : Cette interdiction se justifie de la même façon que la prohibition adressée au mari de donner

rai devant la Cour de Gand. Pasicrisie, 1836, 2, 73). Cette solution qui découle logiquement de l'art. 1422-2° est cependant contredite par la jurisprudence. Par arrêt du 22 janvier 1860 (S., 1861, 2, 204), la Cour de Rouen, pose *in terminis*, que le mari ne peut disposer à titre particulier d'une masse d'effets mobiliers qui composeraient plus de la moitié du mobilier et de l'actif de la communauté. La Cour invoque à l'appui de son système, deux arguments :

1° Si la disposition précitée était permise, rien ne serait plus facile au mari d'éluder la prohibition de donner une quotité fixe, en dissimulant sa disposition sous la forme d'une donation à titre particulier.

2° Les donations excessives faites par le mari, deviennent une véritable fraude à l'égard de la femme

un meuble sous réserve d'usufruit. La loi veut, par une atteinte directe aux droits du mari sur les meubles donnés, refroidir chez lui l'intention d'être libéral. C'est dans cette intention qu'elle ne permet pas une donation de biens à venir qui laisserait le droit du mari intact, tout au moins au point de vue de la jouissance et du droit d'aliéner à titre onéreux. *Secus*, en matière de donation de biens présents, là l'atteinte existe, et par suite, la garantie de la femme contre les dispositions du mari. D'ailleurs au point de vue des principes, la solution de la loi s'impose. Il y avait lieu précisément, à raison de la manière dont s'opère l'acquisition par le donataire, de distinguer entre une donation de biens présents sortant effet au jour où le mari est encore maître de la communauté, et une donation de biens à venir ayant effet à l'époque où cette qualité n'existe plus.

surtout quand il s'agit de donner en faveur des enfants du premier lit (il s'agissait d'une donation à un enfant du premier lit, dans l'espèce); par suite, la donation viciée par la fraude doit être annulée.

Ce système prête le flanc à de nombreuses critiques. Et d'abord, où la Cour trouve-t-elle le droit de limiter le droit de disposition à titre particulier, à la moitié plutôt qu'au tiers et au quart? C'est déjà une limitation purement arbitraire. Mais on va éluder la prohibition de donner une quotité fixe (art. 1422-1°) en dissimulant la disposition sous forme d'un acte à titre particulier? Cette argumentation, logiquement, devrait conduire à interdire toute donation à titre particulier du mobilier quelque modique qu'elle soit. La loi ne fixe pas en effet de taux à la quotité dont elle prohibe la disposition. Dès lors, toute donation à titre particulier ne peut-elle pas servir à dissimuler une donation de la quotité correspondante, et alors que deviendrait le deuxième alinéa de l'art. 1422? De plus, est-il bien vrai de dire d'une façon aussi générale que la loi prohibe la disposition d'une quotité du mobilier? J'ai cru devoir démontrer que l'art. 1422-1° ne concernait, en matière mobilière, que les donations de biens à venir. Il laisse en dehors de sa disposition, les donations de meubles présents et pour celles-ci aucune prohibition. L'alinéa 2 de l'art. 1422 embrasse dans sa disposition aussi générale que possible les donations de quotité de meubles présents. Dès lors, comment interdire une

donation de meubles présents, sous prétexte de dissimulation d'une donation de quotité, quand cette dernière disposition elle-même est possible ? La donation de meubles présents, à titre particulier, ne pourrait tout au plus qu'encourir le reproche de permettre d'éluder la prohibition d'une donation de meubles à venir, à titre universel, mais pareil reproche répugne évidemment à la nature des choses : ces deux genres de dispositions se caractérisant par des différences essentielles. Le deuxième argument invoqué par la Cour est aussi peu juridique que le premier. La Cour voit, dans le taux supérieur à la moitié de la donation, une preuve de fraude à l'égard de la femme. Dès lors application de la maxime : *fraus omnia corrumpit*. Je demande simplement à la Cour où est le texte de loi faisant défendre la fraude du *quantum* de la donation. Sans doute, la fraude pourra être invoquée à l'effet de faire annuler une donation préjudiciable à la femme, mais son existence dépendra de l'appréciation des circonstances par les juges du fait, et non pas simplement du taux de la donation. Sur ce point, d'ailleurs, je reviendrai ci-après.

Les deux arguments de la Cour de Rouen se trouvent ainsi réfutés ; il ne reste plus que le deuxième alinéa de l'art. 1422, et ce deuxième alinéa nous permet de valider la donation d'effets mobiliers, à titre particulier, quel que soit son taux.

Le système admis par la Cour de Rouen a été depuis

partagé par quelques autres Cours (Toulouse, 22 juillet 1865, S., 65, 2, 162 ; Bordeaux, 16 janvier 1878, S., 1878, 2, 252). Il est au contraire repoussé par MM. Aubry et Rau, V (1) (§ 509, texte et note 9); Laurent (t. XXII, n° 18); par le tribunal de Langres (19 décembre 1878, S., 79, 2, 261). Ce dernier jugement confirmé par la Cour de Dijon, se contente purement et simplement d'invoquer la disposition formelle de l'article 1422-2°, pour valider une donation mobilière excessive, mais en réservant la possibilité de faire annuler pareille donation, si les circonstances appréciées souverainement par les juges du fait, révèlent qu'elle a eu pour but de frauder la femme. C'est donc la consécration pure et simple de mon opinion.

III. *Personnes pouvant être gratifiées.*— De la généra-

(1) Les éminents auteurs, tout en reconnaissant au mari, contrairement à la Cour de Rouen, le droit de faire à titre particulier une donation mobilière excessive, proclament l'impossibilité où il se trouve de donner à titre particulier la totalité des meubles communs. Cette dernière décision résulte de la substitution par les auteurs du mot totalité au mot universalité de l'art. 1422-1°. Pareille substitution, au lieu d'être simplement effectuée aurait besoin en outre d'être justifiée, et ce pour les deux raisons suivantes : les deux expressions, universalité et totalité, au point de vue juridique ne sont pas nécessairement synonymes, et, traduire le mot universalité par totalité, c'est faire entendre implicitement, contrairement à la déduction qui découle naturellement de l'art. 1422-2°, que les donations mobilières à titre particulier sont régies par le premier alinéa de l'art. 1422.

lité de l'art. 1422-1°, il résulte que la donation à titre particulier peut s'adresser à n'importe qui. J'examinerai simplement le cas où la personne du donataire se trouve être : 1° un enfant du premier lit ; 2° le conjoint du mari.

1° *Enfant du premier lit.* — Que pareil enfant puisse être donataire, cela résulte implicitement de la généralité de l'art. 1422-2°. Toutefois ce point a été contesté par d'éminents auteurs. Merlin (*Répertoire*, v°, *Communauté*, § 3, n° 5, et Toullier, t. XII, n° 228) ont émis un avis contraire. Les enfants, observent-ils, étant réputés personnes interposées par rapport à leur père (Code civil, art. 911), la donation faite par le mari au profit de ses enfants d'un premier lit, est un avantage qu'il se fait à lui-même aux dépens de la communauté et qui ne peut valoir. Cette doctrine doit être écartée comme ne tendant à rien moins qu'à rendre impossible toute donation des père et mère au profit de leurs enfants. Les présomptions d'interposition de personnes ne sont admises par l'art. 911 que comme moyen d'assurer l'application des règles d'incapacité. Or, dans l'espèce où est l'incapacité ? Sans doute, s'il résulte des circonstances que la donation faite en apparence aux enfants du premier lit, a pour but d'assurer au mari un avantage frauduleux aux dépens de la communauté, elle pourrait être attaquée ; il en serait de même de toute autre donation. Mais en l'absence de circonstances particulières démontrant la simulation, la loi

ne répute pas les enfants d'un premier lit, personnes interposées par rapport à leur père, pas plus que les enfants communs. Cela résulte avec évidence de la combinaison des art. 1422 et 1469; ce dernier article oblige seulement l'époux donateur ou sa succession à rapporter à la communauté les valeurs prises pour doter un enfant du premier lit, et par suite, suppose par là même la validité d'un tel don (Civ. rej., 13 janvier 1862, D. P., 62, I, 64; Req., 18 mars 1862, D. P., 1862, I. 285; Civ. cass., 23 juin 1869; D. P., 1870, 1, 5).

2° *Femme donataire.* — Le mari puise dans l'article 1422, le droit de donner à sa femme un effet mobilier de la communauté (argument des expressions : toute personne); la validité de cette donation se trouve d'ailleurs confirmée par l'art. 1480 du Code civil, dont les termes sont généraux, et semblent par suite se référer aussi bien à l'hypothèse d'une donation telle que celle qui nous occupe, qu'à celle d'une donation portant sur les biens propres du mari. La validité de la donation ne fait donc pas de doute. De plus, à peine de rendre inutile la donation, il faut reconnaître que désormais par sa vertu, l'objet commun sera converti en bien propre à la femme. Si en effet, après comme devant, l'objet donné demeurait commun, l'acte permis par la loi serait sans conséquence, l'intention du mari donateur serait déçue; il a entendu en effet, avant tout, faire un avantage personnel à sa femme. Pour ces

deux raisons, je crois, la solution proposée s'impose. Ce n'est après tout qu'une application de l'art. 1401-1°. Une seule objection pourrait être faite : reconnaître au mari le droit de convertir un bien commun en bien propre, par voie de donation à sa femme, n'est-ce pas lui permettre d'introduire, de concert avec elle, une dérogation aux conventions matrimoniales (tacites), ce qui est contraire aux art. 1437 et 1395? Je réponds que le mari puise dans l'art. 1422-2°, sous peine de le laisser dépourvu de sens et d'effet, pour le cas dont s'agit le droit d'effectuer pareille conversion. C'est une dérogation permise pour un cas particulier. Peut-être même pourrait-on dire plus subtilement, l'art. 1422-2° n'est après tout qu'un article du contrat de mariage présumé. Dès lors le mari, usant du droit à lui conféré par cet article ne fait qu'appliquer ses conventions matrimoniales, bien loin d'y déroger. A l'appui de la solution précédente, je puis citer un arrêt de la Chambre des requêtes du 9 mai 1881 (S., 1881, I, 331) et la note de M. Labbé sous cet arrêt.

ARTICLE III

QUESTIONS COMMUNES AUX DISPOSITIONS PERMISES PAR L'ART. 1422

I. *Par quels genres de libéralités le mari peut-il donner dans les termes de l'art.* 1422? — La question ne se pose pas pour les donations à titre universel du mo-

bilier de la communauté. Pour celles-là, le caractère à titre universel de la disposition ne laisse au mari que l'emploi de la donation de biens à venir, et l'article 1422-1° vient l'autoriser. Pour les autres libéralités, au contraire, on concevrait au premier abord que le mari puisse exercer son droit de disposition entre-vifs sous la forme soit de donation de biens présents, soit de donations de biens à venir. Ces deux genres de disposition sont en effet des modes de disposition entre-vifs, et l'art. 1422 ne limite pas à l'un des deux genres, l'exercice du droit du mari. D'autre part, l'art. 1423, laisse en dehors de sa disposition les donations entre-vifs ; ce qui conduirait, dès lors, à les soumettre, quel que soit leur genre, à l'art. 1422. Mais cette solution est-elle la vraie ? Pour les libéralités sous forme de donations de biens présents, la question ne présente pas de difficulté. Oui, ces libéralités quelles que soient leurs formes, quelles que soient leurs modalités s'exécuteront dans les termes de l'article 1422 aux dépens de la communauté. Elles aboutissent en effet à conférer au jour où elles interviennent soit réellement, soit par la fiction de l'art. 1179 les biens de la communauté au donataire ; or, à l'époque de la donation, le mari, par hypothèse, encore maître de la communauté, avait tout pouvoir pour opérer cet investissement. Et je n'établis aucune distinction entre les donations de biens présents, soumises à la règle : donner et retenir ne vaut, et celles soumises à des conditions

potestatives de la part du donateur (art. 1086). L'accomplissement de la condition potestative au profit du donataire s'opérera valablement, même après la dissolution de la communauté, comme étant la suite d'une volonté régulière au moment où elle s'est exprimée. Le mari capable de disposer entre-vifs des biens communs a pu valablement imposer à sa donation, la condition qui lui a plu. Mais *quid*? pour le cas de donation de biens à venir? Ici la question est plus délicate, à raison de la nature même de la disposition. L'institution contractuelle n'opère en effet aucune transmission entre-vifs de l'instituant à l'institué, à la différence des donations de biens présents. Elle ne produit d'effet positif(1) au profit du donataire qu'à l'époque du décès du donateur, par suite, dans l'espèce, qu'à la dissolution de la communauté. Or, à cette époque, la qualité chez le mari de maître de la communauté, justifiant le pouvoir de disposition sur les objets communs n'existe plus. Comment dès lors l'institution contractuelle pourrait-elle sortir effet? Pothier expliquait de la façon suivante (*Communauté*, n° 475) l'impossibilité pour le mari de donner par disposition testamentaire plus que sa part dans la communauté. « Du principe que le « droit du mari, qui est seigneur pour le total des biens « de la communauté pendant qu'elle dure, est, par sa

(1) Je fais allusion aux restrictions du droit du donateur, existant de son vivant, comme conséquences de l'institution contractuelle.

« dissolution, réduit à la moitié, il suit aussi qu'il ne « peut disposer par testament des biens de la commu- « nauté que pour la moitié, car les dispositions testa- « mentaires n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur, « le mari ne peut disposer par testament que du droit « qu'il se trouvera avoir lors de sa mort dans les biens de « la communauté ; or lors de sa mort, il n'y a plus que « la moitié, puisque sa mort a opéré la dissolution de « la communauté et réduit en conséquence à la moitié « son droit dans les biens de la communauté. » Ce raisonnement s'applique identiquement à la donation de biens à venir, ayant pour objet un bien de la communauté. Nous lui appliquerons donc la règle de notre Code, en matière de donation testamentaire, par suite l'art. 1423, et l'art. 1423 tout entier (1). Qu'on fasse en effet dériver l'exécution par équivalent de la donation testamentaire, soit de la prise en considération par la loi de la qualité de maître de la communauté (Aubry et Rau, tome VII, page 155, note 18), soit d'une interprétation de volonté du disposant (Rodière et Pont) : l'une ou l'autre de ces raisons sont applicables à notre genre de disposition.

L'opinion précédente rencontre une objection dans la généralité du mot (disposer entre-vifs) de l'article 1422, mais cette objection se réfute par ce prin-

(1) Cette application est en outre en harmonie avec l'analogie de l'institution contractuelle plus grande avec le legs qu'avec la donation entre-vifs ordinaire.

cipe d'interprétation en matière de disposition générale : « cessante ratione legis, cessat lex. » L'article 1422 ayant pour principe la qualité, chez le mari, de maître de la communauté, ne doit pas dans l'application dépasser la portée de ce principe. Or tel serait le résultat, si une donation par le mari était possible, ayant effet seulement, après la suppression chez lui de la qualité de maître de la communauté. Bien mieux, ce même art. 1422 consacre, pour un cas spécial, l'impossibilité pour le mari de disposer, par voie d'institution contractuelle, c'est pour le cas où le mari voudrait disposer pour cette voie de l'universalité ou d'une quotité du mobilier : la règle est qu'il ne le peut pas. Une seule exception au profit des enfants. L'impossibilité se trouvant d'accord avec les principes, il est rationnel d'en argumenter, par analogie, en faveur de mon opinion. Toutefois, je lui apporterai un tempérament en faveur des enfants communs. Le mari, qui peut disposer à leur profit, par institution contractuelle, de la totalité ou d'une quotité du mobilier, doit *a fortiori* pouvoir disposer de la même manière d'un effet mobilier. C'est le seul tempérament que j'admettrai en leur faveur. Je n'irai pas jusqu'à décider, en l'absence d'une disposition expresse, que le mari peut disposer, par voie d'institution contractuelle, des immeubles de la communauté, soit à titre particulier, soit à titre universel, pour l'établissement des enfants communs. Cette décision se trouve pourtant virtuelle-

ment comprise dans un arrêt de la Cour de cassation, Chambre des Requêtes, du 2 janvier 1844 (S., 1844, I, 13), admettant le mari à donner, par voie d'institution contractuelle, toute la communauté pour l'établissement des enfants communs. La Cour admet, sans discussion, que l'institution contractuelle est régie par l'art. 1422, et dès lors se trouve conduite logiquement à lui accorder une étendue illimitée au profit des enfants communs, l'article supprimant toute limitation dans l'étendue au profit de ces derniers. J'ai cru avoir démontré que l'art. 1423, et non pas l'art. 1422, devait s'appliquer à l'institution contractuelle (Aubry et Rau, V, p. 330).

II. *Récompenses.* — 1° *Libéralités faites dans le but d'établir les enfants communs.* — En principe, le mari ne doit aucune récompense à la communauté : il ne fait, en effet, qu'user du droit qui lui appartient, comme chef de la communauté, de disposer des effets communs, et la disposition a servi à l'acquittement d'une dette qui lui est commune avec son conjoint. Or, dit Pothier (*Communauté*, part. IV, ch. I, n° 648), la règle qu'un conjoint doit récompense à la communauté de ce qu'il en a tiré pour acquitter une dette, ne s'applique que lorsque la dette était la dette de lui seul, et dont l'autre conjoint n'était pas tenu; la communauté, comme son nom l'indique, a en effet pour objet de subvenir aux intérêts communs des deux époux (Laurent, t. XXII, p. 494).

La loi consacre cette absence de récompense dans les art. 1439, 1469 *in fine a contrario*, elle ne vise expressément que le cas de dot, mais loin d'interpréter ces articles limitativement, nous devons appliquer la même décision à tous les modes d'établissement comme conforme aux principes généraux.

Toutefois, exceptionnellement, le mari peut devoir récompense à la communauté à raison de l'établissement des enfants communs. Cela, quand parlant seul au contrat de donation, il entend agir non pas comme représentant la communauté, et en cette qualité poursuivant l'acquittement d'une dette commune, mais en son propre nom. Il consent alors à prendre à sa charge personnelle l'obligation d'établir ; par voie de conséquence, il doit rendre la communauté indemne en rapportant à la dissolution de la communauté la valeur des biens qu'il y a pris (art. 1439, art. 1469 *in fine*). Le fait par le mari d'agir *proprio nomine* quand il dispose des biens communs, pour l'établissement des enfants communs, ne saurait être présumé. Il aboutit, en effet, à faire supporter personnellement par le mari une dette dont normalement le fardeau incombe à la communauté (art. 1439). La loi, dans l'art. 1439, pour un cas spécial, exige une déclaration expresse de volonté, et c'est agir, je crois, conformément à son esprit que d'exiger la même déclaration dans les cas analogues.

2° *Autres libéralités*. — A ces libéralités, nous ap-

pliquerons purement et simplement la théorie ordinaire, en matière de récompenses, formulée dans l'article 1437. Le mari devra donc récompense, quand il aura tiré un profit personnel des biens de la communauté. L'art. 1437 *in fine*, ne limite pas en effet aux actes à titre onéreux, la manière de tirer profit des biens de la communauté, et en exclure les actes à titre gratuit, serait introduire une distinction purement arbitraire dans la loi. D'ailleurs le motif de décider, l'équité, est le même dans les deux hypothèses.

Toutefois les auteurs et la jurisprudence semblent admettre comme règle, que le mari ne doit pas récompense pour les libéralités qu'il fait (Aubry et Rau, V, p. 328, note 11, § 509; Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. II, p. 174, n° 815; req. rej., 18 mars 1862, S., 62, 1, 869; 30 avril 1862, S., 62, 1, 1036). On invoque l'art. 1469 aux termes duquel l'époux rapporte les sommes ou les biens qu'il a tirés de la communauté, pour doter un enfant d'un autre lit. L'argument suppose que l'art. 1469 consacre une exception au droit commun. On peut aussi interpréter la loi en ce sens qu'elle applique le principe des récompenses à un cas particulier. Le mari dotant un enfant du premier lit, acquitte en effet une dette à lui personnelle ; dès lors par application de l'art. 1437, l'art. 1469 exige le payement d'une indemnité à la communauté. Ce qui donne un grand poids à la dernière interprétation; c'est que le texte a été copié mot pour mot dans

Pothier, et Pothier le considérait purement et simplement comme une application de la règle des récompenses (Pothier, *De la communauté*, n° 641).

Mais alors à quoi sert l'art. 1469, s'il ne fait que répéter ce qui a été dit ailleurs ? Cet article n'est pas inutile :

1° Il dispense le demandeur en indemnité de prouver, comme il doit le faire en règle générale, que le mari a tiré profit de la libéralité. Par présomption légale, le mari est considéré comme ayant profité de la disposition des biens communs. Cette présomption n'a rien d'exorbitant : le mari gagne en effet à l'emploi qu'il fait des biens communs, la libération de l'obligation de doter.

2° Il supprime, dans le cas qu'il prévoit, les difficultés d'appréciation des circonstances par les tribunaux; l'obligation à récompense étant avant tout une question de fait (Laurent, t. XXII, n° 45).

Les restrictions apparentes à la théorie des récompenses disparaissant au moyen des explications précédentes, il ne reste plus derrière l'art. 1469 que l'application du principe de l'art. 1437. Le mari doit donc indemnité à la communauté chaque fois qu'il aura tiré de la donation d'un bien commun un profit personnel, ce sera exclusivement une question de fait. Peu importe la qualité du donataire, peu importe la forme de la donation, constitution de dot ou autre. Seulement, en l'absence du cas spécial prévu par l'art. 1469 *in*

fine, ce sera à la femme ou à ses ayants cause, à prouver que le mari a tiré de la donation un profit personnel.

Contrairement à ces déductions, un arrêt de cassation du 23 juin 1869 (D. P., 70, 1, 6) décide que le mari ne doit pas récompense s'il a puisé dans la communauté, non pas pour doter, mais pour gratifier d'une simple libéralité l'enfant du premier lit. Ce n'est là que l'application à un cas particulier de l'opinion qui considère l'art. 1469 comme une disposition restrictive. J'ai cru avoir démontré que cette opinion était erronée. Je soumettrai donc conformément aux principes, dans l'espèce soumise à la Cour, le mari à récompense, s'il est prouvé en fait qu'il a profité de la donation, mais je n'irai pas jusqu'à dispenser de cette preuve à raison de la qualité du donataire, l'art. 1469 étant sur ce point inspiré par un motif supplémentaire.

Jusqu'ici, nous avons supposé que le mari agissait comme maître de la communauté dans les termes de l'art. 1422-2°. Il doit alors récompense à la communauté, mais seulement dans les cas où l'art. 1437 s'applique. Rien n'empêche le mari d'agir *proprio nomine*. Il doit alors récompense à la communauté dans tous les cas possibles (arg. 1469 par analogie). A la différence de l'espèce prévue par l'art. 1439 et des espèces analogues, la qualité de donateur, *proprio nomine*, n'aura pas besoin pour exister d'une déclaration expresse. Il suffira qu'elle apparaisse suffisamment des circonstances

(arg. art. 1162 Cc.); le formalisme répugne en effet à notre droit moderne, et il ne s'agit pas ici de l'acquittement d'une dette incombant aux deux époux.

III. *Le mari disposant dans les termes de l'art.* 1422 *doit-il être considéré comme donateur pour le tout, ou seulement pour la moitié?* — Cette question présente de l'intérêt dans tous les cas possibles où le *quantum* d'une donation a besoin d'être évalué, par exemple : en matière de rapport à succession, en matière de calcul de la quotité disponible.

Pour plus de clarté, diverses hypothèses doivent être distinguées :

1° La femme ou ses héritiers renoncent à la communauté. La renonciation faisant considérer dans toutes les opinions, les biens communs comme ayant toujours été biens du mari, il s'ensuit que le mari a fourni *de suo*, l'intégralité de la donation, il est donc donateur pour le tout.

2° La femme ou ses héritiers acceptent la communauté. Le mari a-t-il entendu donner *proprio nomine*? Ici évidemment la solution doit être la même que précédemment : le mari n'a fait qu'emprunter à la communauté de quoi exécuter une libéralité personnelle. La question ne se pose donc que dans les cas où le mari sans plus, a usé du droit conféré par l'art. 1422. Elle se résout évidemment, en reconnaissant au mari la qualité de donateur pour le tout, dans l'opinion reculant à la dissolution de la communauté la naissance

de la copropriété de la femme sur les biens communs. La raison de décider est la même qu'au cas de renonciation à la communauté; mais cette dénégation du droit de la femme pendant la communauté reçoit un démenti des articles du Code. Les limitations consacrées par les art. 1421 et 1422, au pouvoir de disposer du mari, ne s'expliquent-elles pas par le respect du droit de la femme, droit actuel, droit de copropriétaire? Dans plusieurs articles, notamment les art. 1423, 1425, 1432, le législateur fait allusion à la part du mari, à la part de la femme dans la communauté sans prendre la peine de supposer comme un préalable nécessaire, l'acceptation de la communauté par la femme. Cela ne prouve-t-il pas que la situation normale des époux mariés sous le régime de communauté, situation que la répudiation seule fera évanouir est la copropriété? Lorsque la femme renonce à la communauté, la loi exprime qu'elle perd toute espèce de droits sur les biens communs (art. 1492), qu'elle est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté (article 1494). Ces expressions ne révèlent-elles pas la conception d'une participation réelle et régulière à l'actif et au passif de la communauté durant son existence jusqu'à la répudiation? Ne faut-il pas, dès lors, conclure suivant l'opinion dominante et conforme aux précédents (voir le début de la matière) que la femme a un véritable droit de copropriété dans les biens communs? (Colmar, 25 février 1857, Sirey, 1857, 2, 322; Aubry

et Rau, V. p. 278, § 505; Rodière et Pont, *Contrat ae mariage*, I, p. 250, nos 36 et suiv.; Laurent, t. XXI, nos 194 et suiv.).

Cela étant, lorsque le mari dispose d'un bien commun, il agit au nom des deux époux en tant que communs en biens. Il est dès lors donateur pour la moitié qu'il possède, et sa femme, représentée par lui dans la donation, se trouve être donatrice de l'autre moitié.

Cette solution se déduit de l'art. 1439. Il s'agit dans cet article de la constitution de dot au profit d'un enfant commun, faite par le mari agissant seul, en biens de la communauté. La loi dispose implicitement que la femme, au cas d'acceptation de la communauté, se trouve donatrice pour moitié; c'est donc que le mari est considéré comme ayant parlé tant en son nom qu'au nom de sa femme comme commune. Mais en l'absence d'autre texte, est-il prudent de généraliser cette décision et de l'étendre à tous les cas de donation prévus par l'art. 1422. En ce qui concerne les dispositions ayant pour objet l'établissement des enfants communs, quel que soit ce genre d'établissement, l'analogie s'impose évidemment, mais *quid*? pour les autres?

La solution de l'art. 1439 est reproduite de Pothier (1) (n° 647, *Traité de la communauté*). Elle était déduite par cet auteur du droit qu'a le mari, en sa qualité de

(1) L'ordre suivi par les auteurs du Code civil, identique à l'ordre de Pothier, conduit à cette décision.

chef de la communauté, de représenter sa femme pour la part qu'elle y a, dans tous les actes par lesquels il dispose des effets communs. Il est dès lors naturel d'en conclure, en présence du silence des travaux préparatoires que les auteurs du Code civil, reproduisant la solution de Pothier, ont adopté implicitement le même motif de décider. Ce motif ayant une portée absolument générale, nous ne devons pas restreindre son application aux dispositions de l'art. 1439, mais l'étendre au contraire à tous les cas de donations possibles, d'autant plus que Pothier dans un autre passage, mettait exactement sur la même ligne la constitution de dot en effets de la communauté au profit des enfants et la donation faite à un étranger. Le passage étant aussi formel que possible, je vais le citer tout au long (*Communauté*, n° 488). « La femme, dit-il, n'est pas obligée, « si elle ne le veut, de doter en son propre nom et sur « ses propres; mais lorsque le mari, comme chef de « la communauté, dote un enfant commun des biens « de la communauté, qu'il parle seul à la dot, la femme « représentée par son mari chef de la communauté « est censée non en son propre nom, mais en sa qua- « lité de commune, doter conjointement avec son mari « sans qu'elle y consente. De même lorsque le mari « fait donation à un étranger d'effets de la commu- « nauté, la femme, quoique absente et sans son con- « sentement, est censée en sa qualité de commune, « par le ministère de son mari, faire donation à cet

« étranger desdits effets pour la part qu'elle y a (1). »
A l'opinion précédente, on peut objecter : la donation est un acte essentiellement personnel; la volonté du propriétaire de la chose qui doit former l'objet de la donation ne peut être suppléée ou remplacée par aucune autre, pas même par celle de son représentant légal, et admettre ici que la femme, même malgré elle, se trouve donatrice pour moitié, n'est-ce pas contraire à l'essence de la donation ? Ne faut-il pas dès lors considérer le mari comme donateur pour le tout ? Je réponds qu'il n'est pas vrai de dire que la femme se trouve ici donatrice sans le vouloir. Elle a consenti par avance par l'adoption du régime de communauté légale à être représentée par son mari dans tous les actes par lesquels il disposerait des biens communs, partant à être donatrice pour sa part, et l'immutabilité des conventions matrimoniales l'empêche de revenir sur cette détermination. En outre, peut-on ajouter, elle confirme cette qualité de donatrice par son acceptation de la communauté; nous supposons, en effet, dans notre hypothèse cette acceptation. D'ailleurs l'objection précédente n'arrêtait pas Pothier lui-même; il relate à satiété dans les passages précités que la femme peut être donatrice sans le vouloir. Le mari peut donc obliger la femme à donner; ce n'est après

(1) En matière de rapport à succession, Pothier fait l'application de la théorie que j'adopte après lui sous le § 5, art. 2, chap. IV, *Traité des successions.*

tout qu'une conséquence de son droit de puissance (Fenet, t. XIII, p. 721). A l'appui de mon opinion, je puis citer M. Labbé (Sirey, 1881, I, 337); Aubry et Rau, t. III, § 264 *bis*, p. 217. *Contra* M. Beudant (D. P. 70, I, 7). Ce dernier auteur, dans l'hypothèse d'une donation faite par le mari à l'un de ses héritiers présomptifs, soumet le donataire à l'obligation de rapporter l'intégralité de la donation à la succession du mari. Cette solution présuppose chez le mari la qualité de donateur pour le tout. Déjà un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 avril 1862 (D. P., 1862, I, 523) avait consacré l'obligation de rapport avec la même étendue.

Quoi qu'il en soit, qu'on admette soit mon opinion, soit l'opinion adverse, on arrive à constater que le mari n'est donateur que pour une moitié dans le cas spécial où il dispose au profit de sa femme d'un effet commun. Si en effet, avec la deuxième opinion, on considère le mari en principe, comme donateur pour le tout, on sera obligé de reconnaître ici qu'il n'est donateur que pour une moitié. Cela à raison de la moitié appartenant à la femme comme commune dans l'objet de la donation. La donation ne peut avoir pour effet de faire acquérir à la femme cette moitié qu'elle a déjà; elle la fera simplement sortir de la communauté à son profit. De même, si avec mon opinion, on considère le mari comme agissant au nom des deux époux en tant que communs en biens, la femme donatrice et donataire pour la moitié lui appartenant

déjà, verra la donation s'effacer par confusion pour cette partie; elle n'en retirera d'autre profit que de voir figurer désormais cette moitié à titre de propre, à côté de l'autre moitié que son mari lui a transmise. Dans les deux opinions, si la femme confirme par son acceptation sa qualité de copropriétaire, elle est donataire de son mari pour la moitié; et c'est seulement cette moitié, représentation exacte de l'appauvrissement du patrimoine du mari par l'effet de la donation, qui figurera dans l'évaluation de sa fortune pour le calcul de la quotité disponible.

Nonobstant tout ce qui précède, la Cour d'Amiens (S., 1881, I, 337) a cru devoir décider que la femme donataire de son mari, en vertu de l'art. 1422 devait être considéré comme donataire pour le tout. Après avoir déduit de l'art. 1422, le droit pour le mari de donner à sa femme, la Cour en fait l'application en ces termes : « Considérant que la libéralité « émanant légalement du mari, la somme qui en fait « l'objet doit, aux termes des art. 920 à 922 du « Code civil, être rapportée fictivement à la succes- « sion et subir en faveur des enfants réservataires, la « réduction aux limites de la quotité disponible. » Pour la Cour, donc, la femme se trouve être donataire pour le tout d'un effet commun. Cette conséquence présuppose l'inexistence du droit de copropriété de la femme avant la donation; les textes précités prouvent le contraire.

IV. *Limitations au pouvoir de disposer à titre gratuit.* — Elles découlent :

1° De l'état d'incapacité du mari ;

2° Du droit qu'a la femme de demander la séparation de biens ;

3° De l'existence d'une procédure en divorce ou en séparation de corps ;

4° De la manière dont le mari doit exercer ses pouvoirs de chef de communauté.

1° L'état d'incapacité du mari a pour effet de le mettre dans l'impossibilité de disposer à titre gratuit dans les termes de l'art. 1422 (1).

S'agit-il du mari, mineur émancipé, la donation entre-vifs lui est interdite par l'art. 904 du Code civil.

S'agit-il du mari, interdit judiciairement, il ne peut exercer lui-même les prérogatives de sa qualité de chef de la communauté ; cet exercice passera au tuteur. Ce dernier administrera la communauté ; mais, n'étant administrateur qu'en qualité de tuteur, il ne pourra aliéner qu'en se soumettant aux règles fixées par la loi en matière de tutelle, or la loi ne lui permet pas les dispositions à titre gratuit ; la femme n'aura donc pas à les craindre. Toutefois, quand il s'agira de l'établissement des enfants, l'art. 511 permettra de le faire, de la manière qu'il indique, aux dépens de la communauté.

(1) Je me place exclusivement sur le terrain du Code civil.

Enfin, s'il s'agit du mari pourvu d'un conseil judiciaire (1), il lui faudra l'assistance de son conseil pour donner dans les termes de l'art. 1422. L'art. 513 du Code civil lui interdit, en effet, l'aliénation à titre gratuit ou onéreux, peu importe, et il serait absolument contradictoire que sa capacité soit plus grande quand il s'agit des biens où il n'est que copropriétaire que quand il s'agit de ses biens personnels.

Dans tous les cas où une disposition à titre gratuit, dans les termes de l'art. 1422, serait intervenue, contrairement aux règles protectrices de l'incapacité, l'action en nullité, avec ses règles propres, tomberait dans l'actif de communauté, comme acquise aux dépens d'un bien commun.

2° Les libéralités faites par le mari en biens communs peuvent mettre la dot de la femme en péril, et servir, par suite, de fondement à une demande en séparation de biens. Cette séparation de biens, si elle est prononcée, pourra secourir efficacement la femme dans la matière qui nous occupe. Grâce, en effet, à la

(1) Cette situation se rencontre dans l'opinion admettant que le prodigue peut se soumettre soit expressément soit tacitement au régime de communauté légale (Caen, 30 mars 1878, S., 1878,2,105; Aubry et Rau, tome I, p. 140, note 24), elle est peu pratique quand la nomination du conseil judiciaire est intervenue au cours du mariage. En pareil cas, en effet, la femme demandera la séparation de biens et se trouvera par suite soustraite aux conséquences du régime de communauté légale.

rétroactivivité du jugement (art. 1445 *in fine*), les dispositions à titre gratuit faites dans l'intervalle de la demande au jugement ne seront pas opposables à la femme.

3° *Procédure en divorce.* — Le prononcé du divorce par l'officier de l'état civil mettant seul fin et sans effet rétroactif (Laurent, t. III, nos 287 et 288) au régime de communauté légale et, par suite, à la qualité chez le mari de chef de la communauté, il s'ensuit que, pendant toute la procédure en divorce, le mari a qualité pour disposer dans les termes de l'art. 1422. Toutefois, l'exercice de son droit reçoit une atteinte en matière mobilière, quand la femme fait les diligences nécessaires. « La femme (art. 270, C. c.), demanderesse « ou défenderesse en divorce, peut, en tout état de « cause, à partir de l'ordonnance dont il est fait mention « dans l'art. 238, requérir, pour la conservation de ses « droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers « de la communauté ; les scellés ne sont levés qu'en « faisant inventaire avec prisée et à la charge par le « mari, quand il y aura lieu, de représenter les choses « inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme « gardien judiciaire. » Donc, tout au moins après l'inventaire, les dispositions à titre gratuit, faites par le mari, ne pourront porter préjudice aux droits de la femme sur la communauté ; ces droits s'évalueront en tenant compte de la valeur des objets aliénés, portée dans l'inventaire. Mais ne faut-il pas aller plus loin, et

reconnaître au mari l'impossibilité d'aliéner le mobilier inventorié (1)?

Tout dépend de l'interprétation de l'art. 270. Soumet-il le mari simplement à l'obligation alternative de représenter le mobilier ou sa valeur, ou le soumet-il à l'obligation absolue, comme celle de tout gardien judiciaire, de représenter le mobilier en nature, sauf à répondre de sa valeur en cas d'inaccomplissement? La question est intéressante : de sa solution dépend en effet l'absence ou l'existence du recours de la femme contre les tiers acquéreurs (2). J'ajoute qu'elle est très controversée. Le texte, en effet, est ambigu. Toutefois, s'agissant d'une mesure qui porte atteinte aux droits du mari, comme chef, partant d'une mesure exceptionnelle, l'interprétation la moins restrictive des droits du mari doit l'emporter. J'admettrai donc la possibilité pour le mari d'aliéner les meubles communs ; d'autant plus que l'article suivant reconnaît, en principe, la possibilité pour le mari d'aliéner les immeubles de la communauté, depuis l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 238, il y a là un argument *a fortiori*. (Baudry-Lacantinerie, *Commentaire sur la loi du divorce*, n° 92. *Contra*, Rennes, 3 juillet 1841, S., 41, 2, 548; Demolombe, tome IV, n° 464). La seule action

(1) Cette impossibilité, si elle était admise, disparaîtrait évidemment par le consentement de la femme à l'aliénation, l'art. 270 étant fait dans son intérêt.

(2) Sauf, bien entendu, l'application de l'art. 2779.

de la femme contre les tiers découlerait dans mon opinion du caractère frauduleux de l'aliénation, ainsi qu'il sera expliqué ci-après.

Procédure en séparation de corps. - La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent au profit de la femme demanderesse ou défenderesse en séparation de corps, l'application de l'art. 270 (Dalloz, Code civ. annoté, sous l'art. 270), sauf une légère modification commandée par les formes de la procédure. L'ordonnance dont parle l'art. 238 du Code civil n'existe pas en matière de séparation de corps, l'ordonnance de l'art. 878 du Code de procédure y correspond. C'est dès lors, à partir de cette ordonnance, que la femme pourra requérir les mesures conservatoires dont parle l'art. 270. Ces mesures conservatoires opèreront de la même manière qu'en matière de divorce. Il suffit dès lors de renvoyer aux explications qui précèdent.

A côté de la ressource de l'art. 270 contre les donations mobilières, la femme trouvera un autre remède contre les donations mobilières ou immobilières dans la rétroactivité, une fois admise, de la séparation de biens accessoire de la séparation de corps. Dans le système de la rétroactivité absolue, sa situation sera la même qu'en matière de séparation de biens intervenant par voie principale. Dans le système de la jurisprudence (Civ. cass., 13 mars 1872 ; S., 1872, I, 74) restreignant la rétroactivité aux rapports des époux

entre eux, la femme privée de tout recours contre les tiers, pourra invoquant cette rétroactivité partielle, se faire indemniser par le mari des dispositions à tire gratuit intervenues entre la demande et le jugement (1).

4° Dans l'ancien droit, l'art. 225 de la coutume de Paris, consacrait au profit du mari les pouvoirs les plus étendus. Néanmoins, il leur apportait une restriction : le mari devait les exercer sans fraude. Cette limitation n'est pas reproduite aujourd'hui dans les articles 1421 et 1422 du Code civil, est-ce à dire qu'elle doive être écartée? Nullement. Elle existe :

1° Par argument *a fortiori* de l'ancien droit, le droit actuel ayant apporté aux pouvoirs du mari des restrictions inconnues jadis.

2° Par cette raison, que le mari tenant ses pouvoirs d'une convention tacite avec la femme, cette convention n'a pu l'autoriser à agir dans l'intention de lui porter préjudice.

3° Par le caractère de bonne foi qui s'impose aux rapports de coassocié à coassocié.

4° Par argument de l'art. 271 du Code civil.

(Bordeaux, 7 février 1878, S., 1878, 2, 258.)

Le principe n'est pas douteux. Restent à savoir dans quels cas il y a fraude et quels sont les moyens ouverts à la femme pour la réprimer.

(1) Cette ressource n'est utile à la femme, en matière mobilière, qu'en cas d'absence ou de retard de la réquisition des mesures conservatoires de l'art. 270.

Cas de fraude. — En présence du silence des textes, on est conduit à emprunter l'énumération des cas de fraude au droit coutumier, le régime de communauté étant avant tout de tradition coutumière; or, dans l'ancien droit, il y avait fraude en notre matière dans deux hypothèses :

1° Lorsque la libéralité tendait à enrichir le mari au détriment de la part de la femme dans la communauté (1).

2° Lorsque la libéralité diminuait la communauté, non pour procurer un avantage au mari, mais pour frustrer la femme en avantageant les tiers.

Ces principes s'appliqueront encore aujourd'hui; il n'y a en effet aucun texte qui les contredise, mais dans leur application nous laisserons de côté, à titre de présomptions légales, les présomptions reçues dans l'ancien droit. Les présomptions légales ne peuvent en effet exister sans un texte; de plus l'admission, à ce titre, des présomptions anciennes irait à l'encontre des dispositions légales; la loi admettant en principe : la

(1) En fait, il sera quelquefois difficile de distinguer la libéralité valable, sauf récompense par le mari à la communauté à raison d'un avantage personnel retiré par lui de la donation, et la libéralité frauduleuse comme tendant à enrichir le mari au détriment de la part de la femme dans la communauté. Dans les deux cas, en effet. le mari s'avantage aux dépens de la communauté, mais dans le deuxième cas, à l'encontre du premier, le mari le fait sans dessein de fraude. Là se trouve le critérium (Laurent, t. XXII, n° 47).

validité des donations au profit des enfants d'un premier lit, des donations même excessives (art. 1422-2°, 1469). La fraude n'existera donc qu'à la condition d'être constatée souverainement par les juges du fait, sur la preuve fournie par la femme ou ses ayants cause (1). Tout dépendra des circonstances.

Moyens ouverts à la femme.— Ces différents moyens n'existent évidemment qu'à la condition que la femme accepte la communauté; c'est en effet seulement à cette condition, qu'ayant des droits sur la communauté, elle peut prétendre se faire indemniser d'une fraude dirigée contre elle en sa qualité de commune. Cela posé, la femme aura une action en indemnité contre son mari à raison de la diminution frauduleuse de l'actif commun. Il y a plus, la femme pendant la communauté a un droit actuel sur la communauté. L'aliénation frauduleuse a donc lésé un droit préexistant. De plus, en sa qualité de femme commune, la femme est créancière de son mari, toute indivision créant des rapports d'obligation entre les copropriétaires. La femme se trouve donc dans les conditions voulues pour agir par l'action paulienne contre les tiers. Aussi l'art. 271 consacre-t-il cette action pour un cas particulier. Seulement l'exercice de cette action sera reculé à la dissolution de la communauté; c'est en effet seulement à cette époque, et moyennant l'acceptation de la communauté

(1) S'agissant de fraude, la femme peut prouver par tous les moyens possibles.

par la femme, qu'on peut affirmer qu'elle était associée au jour de l'aliénation (Pasicrisie, 1864, 2, 423). La femme ne pourra donc agir qu'après avoir accepté la communauté. Pour réussir, elle devra satisfaire aux règles ordinaires de l'action paulienne. Il lui faudra donc prouver la fraude chez le mari au jour de l'aliénation et l'impossibilité de s'en faire indemniser. Cette preuve sera suffisante. Il s'agit en effet d'actes à titre gratuit, et la complicité des tiers est ici indifférente (Code de com., art. 446) (1).

Aux solutions précédentes, deux objections ont été faites, la première s'appliquant aux deux moyens ouverts à la femme pour se faire indemniser, la seconde relative exclusivement à l'application de l'action paulienne.

Première objection. — En acceptant la communauté, la femme, a-t-on dit, s'approprie les actes du mari, comme si elle y avait été partie et ayant consenti à l'acte, elle ne peut plus soutenir qu'il est fait en fraude de ses droits. N'est-ce pas le cas de l'adage : *Volens non fraudatur*. Par suite, pas de recours au profit de la femme.

Cette argumentation se réfute de la façon sui-

(1) Toutefois, dans l'opinion de la jurisprudence, assimilant la constitution de dot faite au fils ou à la fille à un acte à titre onéreux pour l'application de l'action paulienne, la femme, victime par exemple de l'exagération frauduleuse de la constitution, devra pour la faire révoquer, démontrer la complicité du donataire.

vante : Elle est très juste, quand il s'agit d'actes de bonne foi; elle est fausse, quand les actes du mari sont frauduleux. Il en est de la femme comme des héritiers : ceux-ci continuent la personne du défunt, et néanmoins, ils peuvent critiquer les actes frauduleux par lesquels il a porté atteinte à leur réserve. De même la femme, quoique acceptant, n'est pas liée par les actes que le mari a faits en fraude de ses droits. Il serait absurde d'ailleurs de prétendre que la femme ne peut accepter qu'en approuvant la fraude, car il en résulterait qu'elle ne pourrait jamais agir et que le mari peut la frauder à son aise. Renonce-t-elle, elle est sans droit et sans intérêt; accepte-t-elle, elle approuve la fraude (Ch. req., 31 juillet 1872, D. P., 1873, I, 340).

Deuxième objection. — Elle est tirée de l'art. 271. Cet article consacre pour un cas particulier l'exercice de l'action paulienne en notre matière (1) (Demol., IV, n° 462; Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*, n° 95), mais il ne vise que les aliénations frauduleuses postérieures à l'ordonnance de l'art. 328 du Code civil; c'est donc, *a contrario*, que les aliénations antérieures échappent à cette action. Par suite, il n'est pas exact d'accorder à l'action paulienne une application aussi large qu'on l'a fait précédemment.

Ce raisonnement doit être rejeté pour deux raisons :

(1) L'article ne vise expressément que les aliénations d'immeubles; mais il faut l'étendre évidemment aux aliénations de meubles : *par est ratio.*

1° il va à l'encontre du principe général de l'art. 1167; 2° il se trouve en désaccord avec les incidents de la rédaction de l'art. 271. Cet article, dans sa première rédaction (art. 41 du projet), frappait d'une nullité de droit les aliénations intervenues depuis l'ordonnance, frauduleuses ou non. Cette mesure parut trop rigoureuse à l'égard des tiers. On préféra revenir au droit commun de l'art. 1167 ; l'art. 271 fut rédigé en conséquence. On ne saurait dès lors induire de sa rédaction, la pensée chez le législateur de repousser en principe l'application de l'art. 1167 (Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*, n° 95).

La deuxième objection discutée précédemment n'existe qu'à la condition de considérer l'art. 271 comme consacrant la même action que l'art. 1167. Cette manière de l'envisager découle des travaux préparatoires. Toutefois, elle n'est pas l'opinion unanime. Selon M. Laurent et la jurisprudence (Colmar, 25 février 1857, S., 1857, 2, 325), l'art. 271, tout en réservant l'application de la paulienne ordinaire, établirait au profit de la femme et dans le cas qu'il prévoit, une action paulienne *sui generis*, différant de la paulienne ordinaire, en ce qu'elle dispenserait la femme de prouver la complicité des tiers, quand il s'agit d'actes à titre onéreux; cette complicité étant présumée à raison des circonstances. Cette opinion en opposition avec les travaux préparatoires, est sans intérêt pour la matière qui nous occupe, à savoir : la révocation des

actes à titre gratuit. Ici, en effet, la complicité des tiers est absolument indifférente.

Section II. — Dispositions interdites au mari.

1. *Enumération des libéralités interdites.* — L'énumération de ces libéralités serait fastidieuse ; elle a été faite implicitement en énumérant les donations permises au mari. Toutefois, il est bon d'insister sur l'impossiblité pour le mari de donner un immeuble de la communauté, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs, car une brèche a été tentée dans la jurisprudence contre cette prohibition spéciale. La Cour d'Amiens, par arrêt du 19 janvier 1854, D. P. 1855, 1, 372, avait cru devoir décider que la donation à titre de dot fait par la mari d'un immeuble de la communauté au profit d'un enfant d'un autre lit était valable sauf récompense à la communauté à raison de l'acquittement d'une obligation personnelle. Cette exception à la prohibition précitée découlait, selon la Cour, de l'art. 1469 du Code civil : « L'art. 1469, « impose, disait-elle, à l'époux le rapport de la com« munauté, de la valeur des biens qu'il y a pris pour « doter un enfant d'un autre lit, sans distinguer s'il « s'agit de biens mobiliers ou immobiliers. Pareil « rapport implique nécessairemeut la validité de la « donation. C'est donc que les prohibitions édictées « par l'article 1422 cessent pour notre cas particu« lier. » L'arrêt de la Cour d'Amiens a été cassé (Cas.

14 août 1855, I, 372). Il est difficile en effet d'admettre que dans un seul et même Code, un article déroge à l'autre. Au moins, faut-il chercher à les concilier avant d'admettre qu'il y a dérogation ; or, la conciliation est possible, dans l'espèce. C'est l'art. 1422 qui détermine ce que le mari peut ou ne peut pas donner ; l'article 1469 a uniquement pour objet de régler le rapport de ce qui a été donné légalement. Donc, il faut décider la question par l'art. 1422, et admettre avec la Cour de cassation, que le mot biens, dans l'article 1469, désigne non les immeubles qu'il n'est pas permis au mari de donner, mais les biens mobiliers autres que les sommes dont la loi vient de parler, telles que les valeurs mobilières.

II. *Sanction de l'interdiction.* — La loi ne prononce pas la nullité des donations qui excèdent les limites insérées dans l'art. 1422. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'il y a nullité, et cela pour deux raisons : 1° l'art. 1422, relativement aux dispositions interdites, est conçu en termes prohibitifs ; 2° la prohibition a pour objet de protéger la femme contre l'abus des pouvoirs du mari ; or, cette protection n'est efficace qu'à la condition de ne pas laisser la femme souffrir de l'insolvabilité du mari, par suite de lui permettre d'agir en nullité contre les tiers.

Caractère de la nullité. — La disposition qui limite le droit du mari de disposer à titre gratuit, n'est fondée ni sur une incapacité du mari, ni sur l'indisponi-

bilité des biens; l'unique but de la loi est de sauvegarder les droits de la femme. D'où la nullité n'étant établie que dans son intérêt est relative de sa nature. Cette solution est d'ailleurs conforme à la tradition : « La donation ne pourra valoir, dit Renusson, au préjudice « de la femme, mais hors l'intérêt de la femme, la do- « nation ne laissera pas de valoir, et d'avoir son effet » (*De la Communauté*, I, 6, 8, p. 87).

Dans l'exercice de son action la femme triomphera facilement; il lui suffira de prouver que le mari a dépassé les limites légales. Il s'agit, en effet, d'une nullité pour violation de la loi. De plus, la preuve à fournir par la femme sera facilitée pour cette raison, que les procédés dont aurait pu se servir le mari pour éluder la loi, seront déjoués aisément. Ces procédés ont été destinés, en effet, à faire fraude à la loi: or, pareille fraude peut se procurer par tous les moyens possibles (Dijon, 14 juillet 1879; S., 1879, 2, 261).

Exercice de l'action. — L'intérêt étant la base de toute action, il s'ensuit que la femme ne pourra agir en nullité de la donation, qu'à la condition d'y avoir intérêt; or cet intérêt n'existe que si elle accepte la communauté; c'est alors seulement que participant au partage de l'actif commun, sa part se trouve amoindrie par l'effet de la donation prohibée. Au cas de renonciation, au contraire, se désintéressant de la consistance de l'actif, consentant à l'abandonner en entier au mari, elle n'a pas intérêt à faire annuler une dona-

tion dont l'objet réintégré dans l'actif commun ne lui profiterait pas. J'ajoute, en outre, que la cause de l'action n'existe plus. La femme tire cette action d'une contravention commise par le mari à ses pouvoirs de chef de communauté; or la communauté étant censée n'avoir jamais existé par le fait de la renonciation de la femme, on peut dire que, dans la réalité, il n'y a pas eu de contravention.

Supposons donc que la femme accepte la communauté. L'action en nullité lui est alors ouverte. Le but de cette action est de faire remettre dans la masse les biens qui en étaient sortis. Or, dans bien des cas, pour atteindre ce résultat, la femme n'aura pas besoin d'invoquer la nullité par voie d'action. Il lui suffira d'une exception. Pour expliquer ce résultat, il suffit de passer en revue les dispositions interdites.

1° Il s'agit de donations de meubles. Ces donations sont ou des donations de biens à venir, ou des donations, à titre particulier, de meubles avec réserve d'usufruit. Elles aboutissent, les unes comme les autres, à laisser le mari, par suite, la communauté, en possession des objets donnés jusqu'à la dissolution; par conséquent, à permettre à la femme de les comprendre dans la masse à partager. Sans doute, à supposer la communauté dissoute par le prédécès du mari, le tiers bénéficiaire de la donation pourra agir, à l'effet d'obtenir la possession des objets donnés, dans l'intervalle de la dissolution au partage, mais alors la femme re-

poussera l'action en excipant de la nullité de la donation. Cette manière d'invoquer la nullité sera particulièrement avantageuse pour elle; elle lui permet, en effet, de ne pas avoir besoin d'agir en revendication contre les tiers, par suite de ne pas craindre l'application de l'art. 2279.

2° Il s'agit d'une donation d'immeuble. Ici, de deux choses l'une : ou la donation n'a pas été exécutée, ou elle a été exécutée avant la dissolution de la communauté. Dans le premier cas, la situation de la femme est la même que dans le cas précédent; dans le deuxième, la femme devra demander la nullité de l'acte; la libéralité sera annulée dans l'intérêt de la femme, et la chose donnée rentrera dans la masse partageable (Laurent, t. XXII, p. 38).

Que la chose donnée se trouve encore dans la masse ou qu'elle y rentre, le résultat est le même. La chose est comprise dans le partage, et naturellement pour le tout; on ne saurait borner le droit de la femme à une sorte de prélèvement ou à une revendication de la moitié des objets donnés sous prétexte que le mari copropriétaire de la communauté a eu au moins le droit de donner la moitié des différents objets qui la composent. Cette prétention devrait être repoussée à un double point de vue :

1° Elle aboutirait à faire à la femme une situation moins avantageuse qu'en l'absence de donation. En effet, si elle n'avait que la propriété d'une moitié des

objets donnés, elle aurait en face d'elle le donataire copropriétaire de l'autre moitié; elle serait obligée de partager avec lui; elle risquerait dès lors de n'avoir qu'une part en nature ou un simple équivalent pécuniaire. Sa situation serait moins bonne que si elle trouvait les objets tout entiers dans la communauté, car alors, dans le partage de cette communauté, elle aurait la chance d'avoir lesdits biens, soit par l'effet du partage, soit par l'application des articles qui lui donnent le droit d'exercer ses reprises en nature (art. 1471).

2° De plus, il n'est pas vrai de dire que la donation est valable pour une moitié; cette moitié, aussi bien que le tout, était bien de la communauté; dès lors se trouve régie par les prohibitions de l'art. 1422. Comprendrait-on, d'ailleurs, qu'un copropriétaire d'un ensemble puisse par des actes prohibés amoindrir les droits qui appartiennent à son copropriétaire sur cet ensemble? Or, c'est à ce résultat qu'on arriverait en validant la donation pour une moitié; la situation de la femme étant moins bonne qu'en l'absence de donation.

Les biens donnés figureront donc dans la masse partageable, et toutefois le droit du tiers donataire n'aura pas complètement péri, il dépendra des hasards du partage.

1° La chose donnée est mise au lot du mari. La donation reste valable et naturellement pour le tout. En effet, le mari a donné le tout, et dans l'espèce il avait droit de donner. Grâce, en effet, à l'effet rétroactif du

partage, il est censé avoir été propriétaire exclusif de l'objet donné au jour de la donation. Dès lors, en cette simple qualité de propriétaire, il a pu faire la donation dont s'agit. Le donataire obtiendra donc après le partage l'objet donné, en sorte que l'opposition de la femme à la donation n'aura eu qu'un effet provisoire.

2° Par l'exercice des reprises en nature, ou par l'effet du tirage au sort, l'objet donné advient à la femme. Celle-ci est censée avoir toujours été propriétaire. Le mari a donc disposé de la chose d'autrui; cette disposition n'est d'ailleurs pas opposable à la femme comme excédant ses pouvoirs de chef de communauté. Par suite la donation est nulle à un double titre, et comme portant sur une *res aliena*, et comme prohibée au mari; mais le donataire ne peut-il pas se faire indemniser par le mari ou ses héritiers du montant de la donation, en sorte que cette donation s'exécutera par équivalent?

Première opinion. — La donation étant nulle, le donataire ne pourrait se faire indemniser qu'à la condition que l'obligation de garantie incombe au mari donateur, soit à raison d'une stipulation de garantie, soit à raison de la nature même de la donation. Dans ces deux derniers cas, le mari personnellement serait obligé. Mais à leur défaut, il ne devrait aucune garantie au donataire; la donation n'engendrant aucune garantie par elle-même. Et, qu'on le remarque, cette obligation de garantie quand elle existera, sera toute

personnelle au mari, sans pouvoir atteindre la communauté et par suite la femme de façon à la mettre dans l'impossibilité d'évincer le donataire à raison de la maxime : *Quem de evictione.....* car bien que les obligations du mari entraînent ordinairement obligation de la communauté, il ne saurait en être ainsi dans une hypothèse où l'obligation aurait été contractée pour assurer une donation interdite au mari, par les dispositions qui organisent et limitent ses pouvoirs (Colmet de Santerre, t. VI, 66 *bis*, 8).

Deuxième opinion. — Il faut aller plus loin, je crois, que la première opinion et dire que même en l'absence d'une obligation de garantie, le donataire peut se faire indemniser par le mari du montant de la donation au jour de l'éviction. Cette solution se déduit du caractère relatif de la nullité. La femme seule peut attaquer la donation prohibée ; elle peut dès lors au lieu d'invoquer la nullité, se contenter de réclamer une indemnité au mari. Celui-ci ne pourrait en effet repousser cette demande, en obligeant la femme à recourir à l'action en nullité, car ce serait indirectement lui donner le droit d'invoquer une nullité qui n'est pas faite pour lui. Si donc la femme préfère une indemnité, la donation vaudra pour le tout. Comment dès lors supposer dans les rapports du donataire et du mari que le sort de la donation soit lié à l'option de la femme ? Le mari n'a-t-il pas entendu être donateur, quoi qu'il arrive ? J'ajoute, en outre, d'après M. Demo-

lombe (*Donations*, t. V, n° 323), que l'exemption de garantie qui appartient au mari donateur ou à ses héritiers, ne doit pas aller jusqu'à les autoriser à garder la valeur de l'objet donné de façon à ce qu'il arrive que la donation n'ait en aucune manière, diminué le patrimoine du disposant. J'appliquerai donc la solution de l'art. 1423 *in fine* (1). Pour cette opinion : Aubry et Rau, V, p. 330 ; Rodière et Pont, 2, n° 889 (Nancy, 17 mai 1861, S., 61, 2, 473).

Les explications précédentes une fois fournies, il ne reste plus qu'à présenter quelques compléments sans importance d'ailleurs.

1° La prescription contre l'action en nullité de la femme ne court pas avant la dissolution de la communauté ; cette action est subordonnée, en effet, à son option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté (art. 2256).

2° Le mari pourra-t-il faire prononcer, pendant la communauté, la nullité de la donation prohibée ? A l'égard des donations mobilières, la question ne se pose pas. Ce sont en effet des donations de biens à venir ou des donations à titre particulier sous réserve d'usufruit, or l'exécution de pareilles donations se trouve

(1) Je réserve bien entendu, dans mon opinion, le cas où il résulterait des circonstances, la preuve que le mari a entendu subordonner l'effet de sa donation aux éventualités du partage de la communauté, et n'a voulu être donateur que sous une alternative.

par leur nature même retardée jusqu'après la mort du donateur, par suite le mari n'aura pas l'occasion d'en demander la nullité ; mais *quid*? pour la donation d'un immeuble ? L'intérêt est évident. Il ne s'agit pas seulement d'assurer les droits de la femme à la dissolution de la communauté ; la jouissance des biens représente une valeur dont il est important que la communauté ne soit pas privée. C'est peut-être avec les économies à faire sur les revenus du bien donné que se serait constitué, le patrimoine de la communauté, les acquêts à partager plus tard. De plus, la propriété du bien doné peut être, à une certaine époque, d'une grande utilité pour la communauté, s'il faut aliéner un bien pour se procurer une somme d'argent nécessaire; mais le mari a-t-il qualité pour agir? Un premier point certain, c'est qu'il ne pourrait agir pour son compte; la donation étant parfaitement valable à son égard. Il ne pourrait dès lors qu'agir ou comme représentant la femme, ou comme représentant la communauté. Représentant la femme l'action lui est encore impossible; l'action, en effet, n'est ouverte au profit de cette dernière qu'à la dissolution de la communauté, et moyennant son acceptation: c'est alors seulement que son intérêt existe. Le mari ne peut donc agir ni en son nom, ni au nom de sa femme : il ne peut dès lors agir au nom de la communauté, la communauté n'étant autre chose que le mari et la femme. Cette dernière solution serait toute différente, si la communauté était une personne morale

distincte des deux époux, ayant son patrimoine propre. Le mari, ayant l'administration de ce patrimoine pourrait, comme gérant demander la nullité d'un acte interdit par la loi. Il en serait de lui comme d'un tuteur, qui, au nom de son pupille, peut attaquer les actes par lui faits en dehors des règles de la tutelle.

4° Au cas spécial, où la femme peut agir en nullité contre un tiers donataire, à raison d'une donation immobilière, l'action étant immobilière comme se référant à un immeuble, il s'ensuit nécessairement qu'elle doit figurer dans la masse immobilière de la communauté à la place de l'immeuble qu'elle représente. Par suite, si au lieu d'agir en nullité, la femme permet au donataire de se rédimer de l'action, moyennant le payement d'une somme d'argent, cette somme subrogée à l'action immobilière doit être considérée comme faisant partie de l'actif immobilier et, par suite ne saurait appartenir privativement au donataire ou légataire du mobilier commun (16 février 1852, S., 1853, I, 18).

5° L'exercice de l'action en nullité de la somme contre les tiers suppose que la femme n'est pas tenue personnellement de l'exécution de la donation prohibée. Cette obligation à la charge de la femme n'existe même pas, avons-nous vu, à raison de l'obligation de garantie pouvant découler de la donation. Toutefois, elle se rencontre, dans certains cas, par exemple : la femme se trouve être légataire universelle de son mari.

Dans ce dernier cas, et autres analogues, la femme tenue des faits et promesses de son mari, est obligée à l'exécution de la donation, et ne saurait invoquer son action en nullité (arrêt du 20 mai 1840, Ch. req. S., 40, I, 223, rendu dans une espèce analogue).

III. *Les différentes prohibitions édictées par l'article 1422 cessent-elles par le consentement de la femme à la donation prohibée ?* — Par exemple, le mari veut intervenir au contrat de mariage de l'un de ses neveux, et lui donner soit un conquêt de communauté, soit l'universalité ou une quote-part du mobilier commun. Il sollicite le consentement de la femme à cette libéralité. La femme consent et intervient au contrat de mariage du neveu de celui-ci. Cette donation entre-vifs, va-t-elle devenir valable grâce à l'adhésion de la femme? Telle est la difficulté.

Des auteurs éminents soutiennent que de semblables donations ne sont pas permises, même avec le concours de la femme. En effet, dit-on :

1° Le mari est chef de la communauté, lui seul peut disposer des biens communs ; quand la loi le frappe d'une incapacité partielle, il ne se peut pas que le concours de la femme le relève de cette incapacité ; car la femme est en cette matière totalement incapable d'après les art. 1421 et suivants ; or, deux incapacités mises bout à bout, ne peuvent pas faire une capacité. D'un autre côté, cette sorte d'autorisation donnée par la femme au mari répugne à la situation du mari, à

l'état de subordination de la femme pendant le mariage, et à tous les principes généraux du droit (articles 215, 216 et suivants); il est impossible d'admettre l'idée d'une femme autorisant ainsi son mari ; c'est le contraire qui a toujours lieu.

2° Une donation, du moins une donation entre-vifs ordinaire ne peut porter que sur les biens présents; or tant que dure la communauté, la femme n'a aucun droit actuel d'immixtion, en ce qui touche les biens de cette communauté, donc elle ne peut pas en disposer avec son mari.

3° Enfin, il serait dangereux d'autoriser l'intervention de la femme dans de semblables libéralités. La loi a voulu précisément protéger les intérêts de la femme contre les prodigalités et les entraînements possibles du mari ; or, ce but serait manqué si le concours de la femme suffisait pour valider les donations que l'art. 1422 défend au mari de faire seul : l'état de dépendance de la femme ne lui permettrait pas le plus souvent de refuser son concours et son assentiment aux ruineuses libéralités du mari (Caen, 3 mars 1843, S., 44, 2, 385; Rodière et Pont, tome II, n° 879).

La thèse précédente ne me paraît pas exacte ; je préfère au contraire déclarer que les donations d'immeubles ou d'universalité de meubles, etc., nulles, si elles étaient faites par le mari seul, deviennent au contraire valables lorsqu'elles sont faites par le mari, avec le concours et le consentement de sa femme.

1° Dans l'ancien droit, l'art. 225 de la coutume de Paris consarait les pouvoirs du mari chef de la communauté. De cet article, la doctrine et la jurisprudence avaient déduit les trois principes suivants : 1° le mari est seigneur et maître de la communauté ; 2° dans l'ordre des dispositions non gratuites, pas de restriction apportée à ses pouvoirs ; 3° dans l'ordre des dispositions gratuites, au contraire, prohibitions nombreuses, sévères, rigoureusement maintenues par la jurisprudence. Ces prohibitions avaient leur fondement dans les derniers mots de l'art. 225 (à personne capable et sans fraude) : elles se résumaient à interdire au mari les donations frauduleuses ; or, ces donations étaient présumées telles, notamment :

1° Lorsqu'elles portaient sur l'universalité ou sur une quote-part de la communauté ; 2° lorsque portant sur un objet de la communauté, elles avaient lieu avec réserve d'usufruit au profit du mari (Lebrun).

L'unanimité des auteurs reconnaissait que les prohibitions découlant de l'art. 225 *in fine* étaient purement relatives (Duplessis, *Traité de la communauté* ; Valin, sur l'art. 22, cout. de La Rochelle ; Renusson, *Traité de la communauté*, ch. v, n° 9 ; Bourjon, 4e partie de la *Communauté*, chap. i, sect. ii, nos 9 et 11). De là, à conclure que pendant le mariage la femme pouvait valider la donation en y concourant avec son mari, il n'y avait qu'un pas et Pothier n'hésite pas à le franchir (Pothier, *Communauté*, n° 494). Il est à remar-

quer que Pothier en formulant sa décision ne cite aucun auteur qui ait contredit son opinion. C'est donc qu'elle était reçue universellement; d'autant plus que Lebrun la consacre également (*Communauté*, liv. II, chap. II, n° 22). On doit donc admettre comme constant dans l'ancien droit que les prohibitions faites au mari n'étaient pas relatives et cessaient par le concours de la femme à l'acte de libéralité.

Les principes, sous ce rapport, ont-ils changé? Les art. 1421 et 1422 ont été votés sans discussion. Quelles innovations ont-ils apportées? Ils reproduisent les trois règles fondamentales contenues en germe dans l'article 225 de la coutume de Paris et développées par la doctrine et les arrêts : 1° droit de *dominité* du mari sur les biens de la communauté; 2° droit absolu pour les dispositions à titre non gratuit; 3° droit restreint pour les dispositions à titre gratuit. Sans doute, les restrictions à ce dernier droit ne sont pas indiquées d'une manière aussi vague que dans l'article 225 de la coutume, elles n'ont pas la même formule pour résumé, mais leur énumération (donation de l'universalité ou d'une quotité, donation sous réserve d'usufruit) trahit leur origine, indique qu'elles descendent en droite ligne des mots sans fraude, car précisément dans l'ancien droit, la jurisprudence et la doctrine les avaient sensiblement formulées comme commentaires de ces mêmes mots. Les restrictions de l'art. 1422 sont donc empruntées à l'ancien droit. Dès

lors elles doivent, en l'absence de l'intention d'innover manifestée par les rédacteurs du Code, se gouverner par les mêmes règles que jadis, et par suite disparaître par le consentement de la femme à la donation.

2° Bien plus, au point de vue des textes, cette solution semble résulter de l'examen attentif et du rapprochement des art. 1421 et 1422. L'art. 1421 porte que le mari peut aliéner sans le concours de la femme ; puis l'art. 1422 ajoute immédiatement après, en continuant évidemment la même idée, qu'il ne peut au contraire disposer entre-vifs à titre gratuit, c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'il ne peut pas aliéner à titre gratuit sans le concours de sa femme ; d'où la conséquence indirecte, mais nécessaire, qu'avec ce concours l'aliénation à titre gratuit lui serait permise.

3° Même en l'absence de la déclaration indirecte de l'art. 1422, la solution précitée découle des principes généraux du droit. La femme et le mari sont deux associés copropriétaires, durant le mariage, des biens communs ; or, aux termes des art. 1832, 1856 à 1859, 1860 et 1862 à 1864, C. c., lorsque tous les associés s'entendent et agissent d'un commun accord, ils peuvent valablement aliéner, ils peuvent disposer de la chose commune (ce que ne pourrait faire un seul associé agissant isolément). Donc, au point de vue de la question qui nous occupe, les deux associés, le mari et la femme réunis dans un but commun de libéralité, peuvent valablement disposer à titre gratuit et entre-vifs

d'un conquêt de communauté, ou encore de l'universalité ou d'une quotité du mobilier commun. Les principes généraux du contrat de société conduisent directement à cette solution : ce que ne peut pas faire un associé seul, tous les associés réunis peuvent le faire. L'on voit dès lors combien est peu concluant l'argument adverse, consistant à dire : deux incapacités mises bout à bout ne peuvent pas faire une capacité.

4° Pour repousser l'application des principes du contrat de société en notre matière, il faudrait admettre que la femme ne peut pas, même avec l'autorisation de son mari, faire acte d'immixtion dans les affaires de la communauté. Or, il n'en est rien; la loi nous montre cette immixtion : la femme, avec l'autorisation de son mari, peut engager la communauté, par exemple, si elle est marchande publique (art. 5, Code de comm. et 1426, Code civil), et même en matière civile (art. 1419); elle peut doter, conjointement avec son mari, en biens de la communauté (art. 1438). Si donc cette immixtion est possible, qui empêche la femme, titulaire actuelle d'un droit de copropriété dans les biens communs, d'en disposer comme tout propriétaire? Sans doute, son droit est résoluble ; mais, est-ce que nous ne sommes pas maîtres de disposer des droits qui nous sont acquis, alors que l'événement d'une condition pourrait ultérieurement les anéantir?

5° Mais, dit la première opinion (art. 215, 5° et suiv.), il est impossible d'admettre l'idée d'une femme auto-

risant son mari; or, c'est à ce résultat qu'on arriverait en admettant que la femme peut rendre le mari habile à faire un acte dont la loi le déclare incapable.

Cette autorisation du mari par la femme est un pur jeu de mots. La femme, concourant à une donation prohibée, n'autorise pas son mari. Son concours s'explique, ou bien par sa renonciation pure et simple au droit éventuel de faire annuler la donation, ou bien par le rôle de donatrice pour partie qu'elle veut jouer dans la donation.

6° Mais les dangers que l'on signale à l'admission du concours de la femme ne doivent-ils pas nous faire hésiter? La femme, dit-on, subjuguée par l'ascendant marital ratifiera presque toujours les donations les plus désastreuses du mari.

Cette objection ne doit pas nous arrêter : elle est en opposition avec les principes fondamentaux du régime de communauté, sous lequel la femme, dûment autorisée, jouit d'une entière capacité de s'engager ou de disposer de ses biens. De plus, elle n'aboutirait rien moins qu'à proclamer absolument l'inaliénabilité à titre gratuit des immeubles conquêts de la communauté; or, c'est là un résultat inadmissible et de nature à faire nettement saisir le vice de la doctrine adverse.

7° La nature même des choses exige l'adoption de notre théorie. Si l'on ne l'admet pas, le mari aura toujours un moyen facile d'éluder la rigoureuse limitation apportée par l'art. 1422 à ses pouvoirs. Il vendra

d'abord l'immeuble (art. 1421), puis il fera donation à titre particulier des écus une fois l'immeuble converti en argent (art. 1421-22), sans s'en réserver l'usufruit ; et alors l'opération, à l'aide de ce détour, sera incontestablement valable.

Pour mon opinion : Caen, 18 février 1850; S., 51, 2, 508; Besançon, 2 juin 1866; S., 1867, 2, 9; Cass., 31 janvier 1867; S., 68, 1, 36; Cass., 23 juin 1869; S., 69, 1., 358.

La jurisprudence est donc en faveur de mon opinion ; j'en dirai de même de la majorité des auteurs (Aubry et Rau, t. V, p. 329, § 509, texte et note 14; Colmet de Santerre, t. VI, nº 66, tit. XIII).

Une fois admis le principe que l'incapacité du mari, édictée par l'art. 1422 du Code civil, disparaît par le consentement de la femme à la donation, il ne reste plus qu'à étudier la portée de ce consentement, portée variable suivant les circonstances :

1° Un premier effet invariable, étudié précédemment, est la validité de la donation ; le tiers donataire échappe désormais à l'éventualité de la revendication de la femme : celle-ci ne peut, en effet, se plaindre d'une donation faite de son gré. A ce premier effet, peuvent s'en ajouter d'autres, mais pas nécessairement.

2° La donation, devenue désormais inattaquable par le consentement de la femme, a pu procurer un avantage au mari. De ce chef, récompense devrait être due par lui à la communauté (art. 1437); le consentement

de la femme à la donation peut emporter renonciation par elle au droit d'exiger ultérieurement la récompense. Mais cet effet ne s'impose pas; le consentement de la femme à la donation s'expliquant suffisamment par la renonciation au droit de faire annuler la donation, et la règle étant : « *Nemo res suas jactare præsumitur.* » Il en serait différemment s'il s'agissait d'une donation permise au mari, et entraînant à sa charge récompense en vertu de l'art. 1437. Le consentement de la femme ne s'expliquant pas par le désir de valider la donation, aurait comme portée nécessaire, ou bien la remise de cette récompense, ou bien de la constituer donatrice *proprio nomine* pour une moitié.

3° Enfin, le consentement de la femme à la donation peut s'expliquer par le désir qu'a la femme d'être donatrice (*proprio nomine*) pour une autre moitié. Ici, se constituant débitrice personnelle de la moitié de la donation, la femme devrait récompense de cette moitié à la communauté, en cas de renonciation, comme ayant acquitté avec des biens qui ne lui ont jamais appartenu, mais à la communauté, représentée exclusivement par le mari, une obligation personnelle. De plus, en cas d'acceptation de la communauté, et à raison de l'obligation de garantie pouvant découler de la donation, elle ne pourrait invoquer, à l'égard du tiers donataire, le bénéfice d'émolument (art. 1483).

On le voit, le consentement de la femme à la donation pourra avoir une portée différente. Qui détermi-

nera les limites de cette portée? En l'absence d'une déclaration de la femme, tout dépendra de l'appréciation de son intention par les juges du fait, et, dans le doute, leur appréciation devra se restreindre aux effets les moins préjudiciables à la femme.

Pour en terminer avec l'effet du consentement de la femme à une donation prohibée, il suffit de dire que, dans le cas où ce consentement implique purement et simplement renonciation au droit de demander la nullité, la donation, rentrant désormais dans les attributions du mari (argüm. tiré du rapprochement de 1422 d'avec 1421), se trouve gouvernée par les mêmes règles que les donations ordinaires. Il y a là un complément facultatif des pouvoirs du mari par la femme (Colmet de Santerre, 66 *bis*, tit. XIII) qui se comporte de la même façon que les pouvoirs fondamentaux.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Sous le système des *legis actiones* les condamnations ne pouvaient être que pécuniaires.

II. L'exécution *manu militari* de l'*arbitrium judicis* n'est pas apparue avec la *formula petitoria*.

III. La règle *dies interpellat pro homine*, n'était pas admise en principe dans le droit romain.

IV. La *restitutio ob metum* n'est pas plus ancienne que l'action *quod metus causa*.

V. Dans les contrats de droit strict affectés d'une condition, il était possible de rechercher la volonté des parties pour savoir si la condition était accomplie.

VI. Le curateur du prodigue à Rome n'avait pas de *consensus* à donner.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. Le mari, sous le régime de communauté légale, ne peut aliéner en principe les propres mobiliers de sa femme.

II. L'interdit judiciaire, la personne pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de son conseil, ne peuvent se soumettre soit expressément, soit tacitement au régime de communauté légale.

III. La séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, n'a lieu que du jour du jugement.

IV. La femme donataire de son mari d'un meuble commun ne doit pas récompense à la communauté à raison de l'enrichissement procuré par la donation à son patrimoine personnel.

V. Pour requérir les mesures conservatoires de l'art. 270, Code civil, la femme n'a pas besoin d'être autorisée.

VI. La clause par laquelle le mari dotant un enfant commun sur les biens de la communauté, le dispense de rapport est sans effet à l'égard de la femme qui accepte la communauté.

VII. En matière d'actes à titre gratuit, le simple préjudice n'est pas suffisant pour donner ouverture à l'action paulienne.

VIII. Les enfants conçus avant, mais nés pendant le mariage, sont légitimes et non pas simplement légitimés.

IX. Les créanciers n'ont pas besoin d'une subrogation judiciaire pour exercer les droits et actions de leur débiteur.

X. L'hypothèque légale de la femme mariée sur les conquêts de la communauté, ne saurait inquiéter les tiers acquéreurs en cas d'acceptation par la femme de la communauté.

DROIT COMMERCIAL

I. Il ne peut y avoir qu'une déclaration de faillite contre le même commerçant.

II. Aucun effet de la faillite n'existe que moyennant un jugement déclaratif de la faillite.

III. Le dessaisissement du failli ne s'applique pas aux rentes sur l'Etat.

DROIT INDUSTRIEL

En matière de mine, le droit pour le propriétaire de la surface d'exiger la redevance tréfoncière, constitue un droit réel immobilier.

Vu par le Président de la thèse,
A. DUVERGER.

Vu par le Doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

Paris. — Imprimerie MOQUET, rue des Fossés-St-Jacques, 11.

Pages CORRECTIONS

7, ligne 23, *au lieu de* : LL. 2, 3, *lisez* : LL. 1, 2, 5.
11, — 8, *au lieu de* : loi 8, *lisez* : loi 1.
13, — 5, *au lieu de* : 15-7°-11, *lisez* : 15, § 7 à 11.
— — 7, *supprimez* la loi 7-3°.
15, — 11, *au lieu de* : L. 11, *lisez* : L. 10.
17, — 10, *au lieu de* : LVII, *lisez* XLVII.
18, — 7, *après les mots* : loi 5, *ajoutez* : Dig., liv. XII, tit. III.
19, — 10, *au lieu de* : « dobet » *lisez* : « debet ».
20, — 9, *au lieu de* : loi 24, Code, liv. V, tit. VIII, *lisez* : loi 5, Code, liv. V, tit. LIII.
— — 23, *lisez* : « in rem », etc.
24, note, ligne 2, *au lieu de* : tit. IV, *lisez* : tit. XVIII.
26, ligne 18, *au lieu de* : « suos », *lisez* : « suas ».
33, — 5, *au lieu de* : à l'époque formulaire, *lisez* : au début de l'époque formulaire.
42, — 17, *au lieu de* : 903, *lisez* : 933.
50, — 9, *au lieu de* : « tutela » *lisez* : « tutelæ ».
51, — 27, *à la suite du mot* : héritiers, *ajoutez* : loi 4, Code, liv. V, tit. LIII.
57, note, ligne 3, *au lieu de* : « Leutigen », *lisez* : « heutigen ».
63, ligne 3, *au lieu de* : 5-2°, *lisez* : 5-1°.
64, — 15, id. id.
— — 24, *après le mot* « juramentum » *ajoutez* : 4-2°, Dig., liv. XII, tit. III.
67, — 3, *après le mot* : actions, *ajoutez* : 5-1°, Dig., liv. XII, tit. III.
— — 7, *après le mot* : condition, *ajoutez* : 5-2°, Dig., liv. XII, tit. III.
74, — 13, *au lieu de* : liv. VIII, *lisez* : liv. VII.
— — 16, *au lieu de* : tit. IV, *lisez* : titre III.
75, — 7, *au lieu de* : « pœnæ, *lisez* : « pœna ».
84, — 2, *au lieu de* : « judiciabant », *lisez* : « judicabant ».
— — 7, *au lieu de* : 1481, *lisez* : 481.
— — 13, *au lieu de* : » ærarim », *lisez* : « ærarium ».
— — 18, *au lieu de* : tit. III, *lisez* : liv. I.
86, — 27, *au lieu de* : liv. VII, *lisez* : liv. LVII.
91, — 10, *au lieu de* : tit. VIII, *lisez* : tit. I.
99, — 15, *au lieu de* : « sustinerit », *lisez* : « sustinuit ».
109, — 4, *au lieu de* : 5°, *lisez* : 1°.
110, — 8, *au lieu de* : p. 672, *lisez* : p. 682.
126, — 12, *ajoutez devant* : n° 23, « Section Ire ».
135, — 20, *au lieu de* : 1842, *lisez* : 1841.
137, — 9, *au lieu de* : « favorabilitus », *lisez* : « favorabilibus ».
143, — 2, *au lieu de* : n° 64, *lisez* : n° 681.
146, — 16, *au lieu de* : défendre, *lisez* : dépendre.
147, — 2, *au lieu de* : 65, 2, 162, *lisez* : 66, 2, 128.
157, — 15, *au lieu de* : 815, *lisez* : 885.
162, — 2, *au lieu de* : nos 36, *lisez* : nos 326.
163, — 16, *au lieu de* : 488, *lisez* : 487.
169, — 1, *au lieu de* : rétroactivivité, *lisez* : rétroactivité.
170, note 2, *au lieu de* : 2779, *lisez* : 2279.
176, ligne 20, *au lieu de* : 328, *lisez* : 234.
180, — 17, *au lieu de* : procurer, *lisez* : prouver.
186, — 1, *au lieu de* : donations, *lisez* : successions.
188, — 21, *au lieu de* : somme, *lisez* : femme.
189, — 5, *au lieu de* : 223, *lisez* : 922.
194, — 27, *supprimez* : 5°, après 215.
196, — 3, *au lieu de* : 1421-22, *lisez* : 1422-2°.
— — 6, *au lieu de* : S., 51, *lisez* : S., 50.
— — 13, *au lieu de* : n° 66, tit. XIII, *lisez* : n° 66 *bis*, XIII.
198, — 15, *au lieu de* : tit. XIII, *lisez simplement* : XIII.
203, table, 11, *au lieu de* : « jus in litem », *lisez* : « juramentum in litem »

